

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

A NEGOCIAÇÃO DE SENTENÇA CRIMINAL E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS  
PENAIIS RELEVANTES

RODRIGO DA SILVA BRANDALISE

DISSERTAÇÃO

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

LISBOA

2014

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



A NEGOCIAÇÃO DE SENTENÇA CRIMINAL E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS  
PENAIIS RELEVANTES

RODRIGO DA SILVA BRANDALISE

DISSERTAÇÃO ORIENTADA  
PELO PROFESSOR DOUTOR PAULO DE SOUSA MENDES

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

LISBOA  
2014

À Vanessa e à Maria Clara.

## AGRADECIMENTOS

Nesse momento de finalização de um trabalho e de um grande objetivo traçado, algumas manifestações de apreço necessitam ser expostas.

Primeiramente, meu especial agradecimento ao Colégio Nacional dos Diretores das Escolas do Ministério Público Brasileiro (CDEMP), cujo apoio possibilitou a realização de meu intercâmbio e foi responsável por viabilizar firmemente meus estudos junto à Universidade de Lisboa.

Em um segundo passo, ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, Instituição que compreendeu a necessidade de aperfeiçoamento de um de seus integrantes e proporcionou os devidos momentos para dedicação em prol dos estudos que ora finalizam. E, dentro dele, uma menção especial aos funcionários da Biblioteca João Bonumá, sempre pacientes e zelosos aos atendimentos por mim solicitados.

Por certo, indispensável menção à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, estabelecimento de ensino que me impressionou desde o início, seja por sua história, seja por sua estrutura, seja, principalmente, por sua qualidade. Agradeço a todos os servidores e professores com quem tive oportunidade de contatar durante todo o curso. Porém, não posso deixar de dedicar um especial agradecimento ao Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, meu orientador, escolha esta feita não apenas pela matéria estar relacionada ao Processo Penal, mas também porque sempre se mostrou um profissional com grande conhecimento do Direito e revelou verdadeiro interesse na qualificação dos seus alunos desde os primeiros dias de aula.

Meu agradecimento ao *Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht*, sediado em Freiburg im Breisgau, Alemanha, onde pesquisei por dois meses, o que me fez ter acesso a documentos importantíssimos para meu trabalho e perceber o quanto mais tenho de estudar para conhecer melhor a área na qual laboro. Daquele período, impossível não lembrar o Professor Doutor Pablo Galain Palermo, uruguaio de nascimento, e que, por ter raízes próximas ao Estado onde resido no Brasil, fazia de nossas conversas sobre o Direito e sobre a vida uma verdadeira roda de chimarrão. Também do período em terras germânicas, mas que se prolongou quando no Brasil, meu apreço ao Professor Thomas Weigend e à Professora Serena Quattrocolo, pacientes que foram por auxiliarem com conhecimento, informações e materiais em benefício do presente trabalho, apesar do oceano que nos separa – devo-lhes a visita em Köln e em Torino.

Outras pessoas são especiais nesse contexto. Principio pelo colega e amigo Mauro Fonseca Andrade, de quem o auxílio, a paciência e o conhecimento foram essenciais para alcançar esse momento, desde os tempos em que realizei o projeto de pesquisa para concorrer à bolsa de estudos até os dias de hoje. Muitos bons momentos discutindo processo penal e futebol, item que nos separa, foram imprescindíveis e fortaleceram uma grande amizade.

Também deixo manifestado meu apreço ao colega e amigo José Eduardo Coelho Corsini, por compartilhar as agruras derivadas desta empreitada, sem nunca deixar o vínculo da amizade se esvaír.

Um especial agradecimento à Grazieli Demoliner, com quem compartilhei todas as dúvidas relativas ao trabalho de formatação e adequação técnica do presente trabalho.

Aproveito o ensejo para agradecer meus primos Paulo e Lisiane, pois se tornaram imprescindíveis dentro desse contexto de quem necessita de tempo, compreensão, auxílio e de amizade para levar os ideais adiante.

Minha especial deferência aos meus pais, Alfredo e Iara, e aos meus irmãos, Diego e Tiago. Como toda família original, somos ligados por nossas semelhanças e diferenças. Mas mais do que isto! Somos ligados pela história em comum que moldou a minha trajetória desde os momentos iniciais. Certamente, não chegaria aqui sem as lições, desavenças, risos e choros que vieram desde a infância. Muito obrigado por tudo!

E, por fim, à minha Vanessa e à nossa Maria Clara. Este trabalho é o resultado de ausências em momentos importantes, perda de momentos singelos. De tudo o que o mestrado me ensinou, a principal lição foi a de que o carinho e o amor de vocês por mim tornam todo o sacrifício justificado. São verdadeiras autoras em conjunto dessa pesquisa. Qualquer palavra que queira dizer será insuficiente para expressar a felicidade de poder contar com vocês nessa hora. Então, tentarei usar algumas para resumir: desculpa, muito obrigado e amo muito vocês!

*Valeu a pena? Tudo vale a pena  
Se a alma não é pequena  
Quem quer passar além do Bojador  
Tem que passar além da dor.  
Deus ao mar o perigo e o abismo deu,  
Mas nele é que espelhou o céu.*

*(Fernando Pessoa)*

## RESUMO

Esse estudo objetiva demonstrar a adequação da negociação de sentença criminal aos princípios do processo penal. Contextualiza as hipóteses de consenso admitidas no mesmo processo: a diversão, sem a aplicação de uma sentença condenatória, dado o caráter menor da culpa envolvida; a mediação, cuja solução envolve a vítima, o autor da infração e um mediador, que não integra os quadros do Poder Judiciário; e a negociação de sentença criminal, interesse principal do trabalho, a partir de seu conceito e de sua natureza jurídica. Formula duas notas de legitimação de sua ocorrência: o prazo razoável do processo penal (não apenas pela ótica de uma resposta punitiva célere, mas também pela ótica da presunção de inocência) e a dignidade da pessoa humana (participação efetiva, voluntária e consciente do arguido na definição de seus desígnios). Apresenta três modelos conhecidos de negociação de sentença criminal: o modelo americano, adversarial, caracterizado pelo princípio da oportunidade da ação penal, com as possibilidades de *plea bargaining* e de *nolo contendere*; o modelo alemão de *Absprachen* e o italiano de *patteggiamento*, que preservam a obrigatoriedade da ação penal e a busca pela verdade processualmente aceita, mas com notas diferenciadoras entre si. Igualmente, aborda o tratamento da União Europeia sobre o tema. Examina as situações de consenso em Portugal e no Brasil, que não dispõem de negociação de sentença criminal de maneira formal, mas têm formas de consenso que se aproximam dela e experimentam discussões próprias para que o instituto venha a compor suas realidades processuais penais. Afirma a relação de pertinência entre a negociação de sentença criminal e o princípio da obrigatoriedade da ação penal; exemplifica com a persecução dos crimes ambientais e a necessidade de reparação adequada do dano havido no Brasil. A mesma afirmação é feita quanto à verdade buscada pelo processo penal, que é limitada em seu conhecimento, mesmo em um processo ordinário. Refere as implicações quanto à atuação dos sujeitos processuais: o juiz, por ser o responsável pelo controle do processo; o Ministério Público, pelo papel de catalisador das negociações de sentença criminal; e o acusado e seu defensor, dados os reflexos relativos à culpabilidade e à ampla defesa, sempre com a preocupação atinente à voluntariedade, inteligência e exercício de seus direitos processuais. Sugere critérios mínimos que devem ser obedecidos dentro de um sistema de negociação. Faz ponderações finais, que culminam na necessidade imperiosa de mudança de compreensão do processo penal em si e de quem nele atua. Conclui pelo cabimento da negociação de sentença criminal dentro do processo penal atual.

**Palavras-chave:** Processo penal. Negociação de sentença criminal. Prazo razoável. Dignidade do acusado. Princípios.



## ABSTRACT

This study aims to demonstrate the applicability of plea bargaining to the principles of criminal procedures. It contextualizes the consensus hypotheses accepted in the same procedure: diversion without a conviction, due to the lower degree of guilt; mediation, whose solution involves the victim, the offender and a mediator who is not part of the Judiciary system; and plea bargaining, which is the main interest of this study based on its concept and its legal character. There are two reasons to make it legitimate: speedy trials (not only due to their prompt punishment, but also for the sake of presumption of innocence) and human dignity (effective, voluntary and conscious participation of defendants in defining the outcome of the criminal case). Three known models of plea bargaining are shown: the adversarial American model, characterized by the principle of opportunity prosecution, with the possibility for plea bargaining and *nolo contendere*; the *Absprachen* German model and the *patteggiamento* Italian model, which preserve the principle of mandatory prosecution as well as the search for legally accepted truth, despite their distinctness. The European Union approach on the subject is also analyzed. Even though Brazil and Portugal do not formally carry out plea bargaining, this study discusses similar consensus situations adopted in these countries, as well as their intention to introduce it in their criminal procedure system. It also establishes the appropriateness of plea bargaining within the principle of mandatory prosecution; exemplifying it with the persecution to environmental crimes and the need for suitable repair to the damage caused by them, according to Brazilian rules. The same is stated regarding the truth obtained by plea bargaining, once it is limited to a certain extent, even in a full trial. It contextualizes the implications regarding the role of judges, responsible for controlling the procedure; prosecutors, in charge of promoting plea bargaining; along with defendants and their lawyers, due to the consequences in respect to culpability and full defense, always bearing in mind willingness, understanding and the exercise of their procedural rights. It suggests minimal criteria that must be abided within a negotiation system. The final considerations show the urge for a change in the criminal procedure, as well the understanding of the parties involved in it. It concludes that plea bargaining is in accordance with the current criminal procedure.

**Keywords:** Criminal procedure. Plea bargaining. Speedy trial. Defendant's dignity. Principles.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Art./art.	Artigo
inc.	Inciso
n./nº	Número
p.	Página
p. ex.	Por exemplo
U.S.	United States
v.	Versus

## LISTA DE SIGLAS

BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CPP	Código de Processo Penal
EUA	Estados Unidos
RT	Revista dos Tribunais
StPO	Strafprozessordnung

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	O CONSENSO EM PROCESSO PENAL: ASPECTOS PRELIMINARES	15
2.1	A diversão	16
2.2	A mediação penal e seu contexto lusitano	17
2.3	A negociação de sentença criminal	30
2.3.1	<b>Um intento de definição e sua natureza jurídica</b>	<b>31</b>
2.3.2	<b>Uma primeira causa de legitimação da negociação de sentença criminal: a celeridade e o prazo razoável do processo</b>	<b>34</b>
2.3.3	<b>Uma segunda causa de legitimação da negociação de sentença criminal: a autonomia individual do arguido e o não exercício dos direitos processuais</b>	<b>45</b>
3	MODELOS JURÍDICOS DE NEGOCIAÇÃO DE SENTENÇA CRIMINAL	60
3.1	O modelo adversarial americano	61
3.1.1	<b>Fatores de fomento</b>	<b>63</b>
3.1.2	<b>O “<i>plea bargaining</i>” e o “<i>nolo contendere</i>”</b>	<b>67</b>
3.2	A <i>civil law</i> e o modelo continental europeu	77
3.2.1	<b>As disposições da União Europeia</b>	<b>79</b>
3.2.2	<b>O modelo alemão: <i>Absprachen</i> (acordos) e <i>Verständigung</i> (entendimentos)</b>	<b>83</b>
3.2.3	<b>O modelo italiano: <i>patteggiamento</i></b>	<b>97</b>
4	O CONSENSO EM PORTUGAL E NO BRASIL	108
4.1	A realidade portuguesa	108
4.1.1	<b>O arquivamento em caso de dispensa de pena</b>	<b>110</b>
4.1.2	<b>A suspensão provisória do processo</b>	<b>112</b>
4.1.3	<b>O procedimento sumaríssimo</b>	<b>118</b>
4.1.4	<b>A manifestação de vontade no regime da alteração substancial dos factos</b>	<b>121</b>
4.1.5	<b>A confissão e a tentativa de inclusão de acordos de sentença criminal idealizada pelo Ministério Público português</b>	<b>122</b>
4.1.6	<b>A colaboração processual ou o “arrependimento”</b>	<b>127</b>
4.2	O consenso no Brasil	132
4.2.1	<b>A conciliação civil</b>	<b>133</b>
4.2.2	<b>Da transação penal, da suspensão condicional do processo e de seus caracteres</b>	<b>135</b>
4.2.3	<b>Da colaboração processual e suas possibilidades</b>	<b>142</b>
4.2.4	<b>De <i>lege ferenda</i>: os projetos de alterações do Código Penal e do Código de Processo Penal e os acordos</b>	<b>148</b>

5	A NEGOCIAÇÃO DE SENTENÇA CRIMINAL E SUA REPERCUSSÃO DENTRO DO PROCESSO PENAL	154
5.1	A negociação de sentença criminal prejudica o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal?	154
<b>5.1.1</b>	<b>Uma situação específica: o termo de ajustamento de conduta em matéria ambiental prejudica a obrigatoriedade da persecução penal no Brasil?</b>	<b>161</b>
5.2	A verdade no processo penal deve prevalecer sobre a negociação de sentença criminal?	166
5.3	A negociação de sentença criminal e os sujeitos processuais	176
<b>5.3.1</b>	<b>Sobre a participação judicial na celebração dos acordos de sentença criminal</b>	<b>177</b>
<b>5.3.2</b>	<b>A atuação do Ministério Público</b>	<b>184</b>
<b>5.3.3</b>	<b>Os princípios afetos à defesa</b>	<b>187</b>
5.3.3.1	<i>O princípio da culpabilidade</i>	187
5.3.3.2	<i>O princípio da ampla defesa</i>	202
6	CRITÉRIOS MÍNIMOS A SEREM UTILIZADOS EM UM SISTEMA DE NEGOCIAÇÃO DE SENTENÇA CRIMINAL	213
7	ÚLTIMAS PALAVRAS	218
8	CONCLUSÃO	222
	REFERÊNCIAS	225

## 1 INTRODUÇÃO

Pense-se na seguinte situação: um indivíduo é investigado pela prática de um crime econômico. Desde logo, manifesta por expressar-se somente em juízo, o que obriga ao Estado manejar inúmeras medidas cautelares e processuais (que podem ir desde a prisão preventiva até às medidas que afetam sigilos constitucionais) para demonstração da responsabilidade daquela pessoa.

Agora, pensemos noutra hipótese: este mesmo indivíduo, ao tomar conhecimento da investigação contra si, manifesta, expressamente, desejo em confessar seu envolvimento no fato, em colaborar com a persecução penal e, mais ainda, em pactuar sua responsabilidade de forma a agilizar o andamento processual, minimizar danos que o processo possa-lhe causar e prontamente iniciar o cumprimento da sanção que lhe for pertinente.

As duas situações hipotéticas apresentadas (mas que bem podem acontecer na prática diária) demonstram que o crime autoriza pensar em dois direitos que lhe acompanham. O primeiro, concedido ao Estado, conhecido como *jus persecuendi*, que somente surge a partir da prática daquela conduta tipificada penalmente e que pode gerar um *jus puniendi*. O segundo, concedido ao indivíduo, mesmo antes de qualquer prática de crime (mas que se mantém após ela), que é o *jus libertatis*, com o qual pretenderá afastar toda e qualquer pretensão estatal, seja para permanecer livre, seja para obter a menor privação possível dela.

Todas essas situações devem ser discutidas/resolvidas em um processo penal. E o processo penal atual apresenta-se formalizado, burocrático, com a ideia de que somente o cumprimento de todo um longo procedimento é que legitima a declaração de uma responsabilidade e de uma sanção. Como consequência, observa-se um procedimento com recursos infindáveis e um aparato judiciário cada vez mais inchado a exigir um investimento maior de recursos por parte do Estado.

Isso traz uma primeira consequência: a impressão de que a impunidade impera sobre a resposta punitiva estatal, com a consequente perpetuação dos prejuízos sofridos pela vítima e pela sociedade em si – ou seja, a coletividade percebe apenas a presença de uma prestação negativa do serviço judicial, para onde é canalizada uma considerável parcela dos recursos recolhidos através dos tributos exigidos dos indivíduos.

Mas outra consequência também é sentida: a própria presunção de inocência (ou de não culpabilidade) mostra-se em verdadeiro risco. De antemão, é sabido que a resposta estatal tardará, pelo que a sociedade e o Estado acabam por se contentar com as medidas cautelares de cunho penal (prisões preventivas, quebras de sigilo, dentre outras) como forma de efetivar

o sistema processual. Ainda, instigam a divulgação delas pelos meios de comunicação, o que formará a publicidade necessária de uma “sentença” que já selou a culpabilidade fática daquele investigado/arguido – condena-se sem julgar.

Frente a tais contextos, os Estados possuem dois caminhos: no primeiro, preservar o caráter formal e burocrático do processo, com a necessidade de incremento de pessoal e de recursos em prol do aparato judiciário, o que se refletirá em uma maior destinação de verbas orçamentárias para atendimento destas necessidades. No segundo, este mesmo Estado pode caminhar em prol do incremento da participação concreta dos envolvidos na resolução do conflito penal, com legitimação do consenso como forma de sua efetivação e, porque não dizer, de recuperação do próprio sistema de justiça, sem uma desnecessária marcha processual.

Pensamentos como os ponderados acima levaram o sistema anglo-saxônico a estabelecer a chamada *plea bargaining*, ainda antes do século XX. Posteriormente, já no século passado, a Alemanha deu os passos que chegaram à *Absprachen*, enquanto que a Itália instituiu o chamado *patteggiamento*, todas formas de negociação de sentença criminal. Em caminho próximo, Portugal e Brasil trouxeram formas de legitimação do consenso/negociação em seus universos jurídicos.

Entretanto, em que pese o reconhecimento da negociação de sentença criminal em ordenamentos jurídicos de grande relevo, ainda há muito debate acerca de sua adoção. Por isto, mostra-se cada vez mais pertinente conhecer e fazer a discussão de tal instituto, até porque há momentos e compreensões diferentes entre os modelos adotados.

Assim, o objetivo do presente trabalho é verificar a existência de vinculação entre a negociação de sentença criminal e os desideratos de proteção social que decorrem da intenção do processo criminal.

O problema a ser enfrentado será o de saber se a negociação de sentença criminal é compatível com princípios do processo penal, especialmente o que diz com a obrigatoriedade da ação penal, a busca pela verdade dentro do processo e os princípios que dizem com a atuação dos sujeitos processuais.

Para tanto, o estudo abordará modelos de negociação de sentença criminal e de consenso, suas causas de legitimação e suas aplicações em modelos e países distintos. Logo após, procurar-se-á responder questões relativas à aplicação da negociação de sentença criminal atreladas ao problema apresentado, como a que se refere ao exercício da ação penal; à possibilidade de o acusado ser responsabilizado criminalmente sem que tenha sido exaurida a demonstração da acusação e a ampla defesa; ao reconhecimento de uma verdade que seja

compatível apenas com a vontade dos sujeitos processuais; e os impactos presentes nas atividades dos sujeitos processuais. Ao final, serão apresentadas as conclusões que ditos questionamentos permitem.

## 2 O CONSENSO EM PROCESSO PENAL: ASPECTOS PRELIMINARES

É reconhecido que a justiça negociada está devidamente estabilizada dentro do sistema penal.<sup>1,2</sup>

O fenômeno do consenso em processo penal não se mostra recente e também não se limita à negociação que conduz à sentença criminal conforme a demonstração de vontade das partes.<sup>3</sup> E ele também não surge como forma de afastamento do sistema de conflito processual, mas com o objetivo de que eles coexistam de forma em que um auxilie no aperfeiçoamento do outro. Além de possibilitar a otimização de trabalho de todo o sistema, os acordos visam a legitimar resultados finais.<sup>4</sup>

Nos processos em geral, e, em especial, no processo penal, vários são os fatores que podem influenciar o interesse na obtenção de uma determinada vantagem à parte, ainda que seja relativa ao reconhecimento de sua responsabilidade. Podem ser elencadas a possibilidade de uma punição abrandada, a preservação da imagem pessoal frente à publicidade que o processo determina, eventual interesse em ver-se desculpado junto à sociedade ou à parte adversa, fazer com que haja um desvio na percepção de sua responsabilidade, evitar gastos, dentre outros.<sup>5</sup>

Assim, importa conhecer as formas disponíveis de consenso em seara processual penal,<sup>6</sup> especialmente para o auxílio na compreensão do que venha a ser a negociação de sentença criminal.

---

<sup>1</sup> TULKENS, 2005, p. 677.

<sup>2</sup> Tulkens (2005, p. 681-682) apresenta que a justiça consensual é vista como uma resposta à criminalidade urbana, ao sentimento de insegurança e para proteger interesses das vítimas.

<sup>3</sup> Albergaria (2007, p. 17-18), p. ex., assinala que são conhecidas as formas de *approvment* (negociação da impunidade de um réu para delação de outro) e da *compounding* (a parte acusadora privada deixa de continuar com a persecução penal em troca da reparação de cunho econômico financeiro). Conforme lição de Alcalá-Zamora y Castillo (2000, p. 75-77), na mediação, o mediador assume a função de propor uma maneira de solução ao litígio apresentado, pelo que cabe aos demais participantes aceitar ou não (caminho propositivo). De outra forma, a conciliação caracteriza-se na condição de que o conciliador encaminhará as conversações de maneira que o titular desista da pretensão, ou que a parte aceite a pretensão ou, até mesmo, um caminho intermediário entre tais extremos (caminho dispositivo). Ao passo que o julgamento se caracteriza pela imposição de uma determinada solução, pela força estatal. Mais adiante, afirma que, na renúncia/desistência, haverá um ato unilateral do titular de seu direito, com disposição da ação penal (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2000, p. 83); quando houver aceitação, existirá a submissão da parte atacada à pretensão contra ela dirigida, com não exercício do direito de defesa (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2000, p. 85, 87), enquanto que, na transação, haverá concessões recíprocas entre o titular da pretensão e a parte adversa (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2000, p. 91).

<sup>4</sup> FERNANDES, 2001, p. 140-141.

<sup>5</sup> BUTRÓN BALIÑA, 1998, p. 182-183.

<sup>6</sup> De ser referido que o objetivo do presente trabalho diz com o processo penal. Obviamente, não se desconhece outras formas de consenso noutras áreas do direito.



## 2.1 A diversão

Cabe ser observada a existência de um fenômeno recente dentro das ciências penais com o objetivo de criar uma ponderação entre a criminalidade de massa e a vontade legislativa em aumentar o discurso penalizador.<sup>7</sup> Referido fenômeno vem definido como *diversão*, que é a opção de política criminal definida para resolução dos processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas no processo criminal, e consiste na solução antes de qualquer determinação ou de declaração de culpa.<sup>8,9</sup>

A *diversão*, pois, seria uma consequência da adequação que a gravidade do crime e as formas complexas de sua persecução exigem para a devida correlação entre as regras materiais e substantivas de direito penal, com a diferenciação de ritos, de maneira que a desigualdade processual aplicada à desigualdade dos fatos realize, ao final, a concretude do princípio da igualdade material na existência da resposta estatal.<sup>10</sup>

A *diversão* (*diversion*) caracteriza-se por ser uma forma de resolução dos conflitos processuais penais em que há a retirada de acusações ou a descontinuidade delas com a presença de advertências ou imposição de condições a serem cumpridas pelo acusado.<sup>11</sup> Em geral, é aplicada em crimes de menor gravidade e, caso cumpridas as condições, resultará na conclusão do processo, sem qualquer condenação. Especialmente nos ordenamentos influenciados pelo sistema continental europeu, necessária é a observância de regras e condições estabelecidas em lei.<sup>12</sup>

Como aduzido pela doutrina, está essa vertente de consenso inserida em um “modelo verde” de justiça.<sup>13,14</sup> Tal consiste em uma solução para impasses de natureza criminal, voltada para as “pequenas comunidades” ou “sociedades intermédias”. Legitima-se a partir do

---

<sup>7</sup> A diversão forma “medidas que desviam o conflito daquele procedimento”, com o objetivo de enfrentar a crise da justiça penal, apaziguar a sociedade que fora violada com o crime e também proteger interesses das vítimas, pelo que também pode ser definida como *desjuridicização* (SILVA DIAS, 2008, p. 41-42).

<sup>8</sup> TORRÃO, 2000, p. 121.

<sup>9</sup> Fernandes (2001, p. 134-135) diz tratar-se de uma flexibilidade que admite a resolução dos conflitos tanto fora quanto dentro do sistema formal de aplicação da justiça, já que se tratam de ritos mais céleres que o convencional.

<sup>10</sup> FERNANDES, 2001, p. 135-136.

<sup>11</sup> Conforme constam, por exemplo, na Recomendação R(87) 18 do Conselho de Ministros do Conselho da Europa, e na American Bar Association (1999, p. 141), nos termos do *Standard* 14-4.1.

<sup>12</sup> THAMAN, 2010, p. 332-333.

<sup>13</sup> FARIA COSTA, 1986, p. 64.

<sup>14</sup> Segundo Faria Costa, existem outros dois modelos de justiça. Define o primeiro como “modelo azul”, moldado pela liberdade e pela igualdade formal, que seriam garantidas pela atuação judicial, com forte influência burguesa (FARIA COSTA, 1986, p. 10-11). Ao segundo, dá o nome de “modelo vermelho”, que originou a relação bipolar entre o Estado e o delinquente, baseada na prevenção geral, no tratamento e na ressocialização, e foi decorrência das lutas sociais iniciadas no século XIX (FARIA COSTA, 1986, p. 14-15).

reconhecimento da liberdade e da dignidade humana.<sup>15</sup> Quer, portanto, auxiliar na realização do interesse social de maior participação na vida pública, fulcrada na descentralização e na corresponsabilidade.<sup>16</sup>

É possível classificá-la<sup>17,18</sup> em *diversão simples*, quando ocorre o arquivamento do processo sem qualquer imposição ao acusado, na medida em que a persecução penal é absolutamente inócua, conforme razões de política criminal estabelecidas naquele determinado contexto processual penal, mesmo que estejam presentes indícios de autoria e elementos de materialidade do crime (por exemplo, como se observa do § 153 StPO e do artigo 280º do Código de Processo Penal português);<sup>19</sup> em *diversão encoberta*, que estabelece a extinção da punibilidade a partir da determinação de atos ao autor do fato, e tais atos levam a uma impossibilidade de oferecimento da acusação, como quando há alguma previsão em tal sentido se houver a indenização da vítima em conciliação, p. ex.; e em *diversão com intervenção*, quando há a determinação de condições ao acusado conforme previsão legal (como se lê do § 153a StPO, do artigo 281º do Código de Processo Penal português, e dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo previstos no sistema brasileiro).

Feitas essas digressões, cabe dizer que as situações de diversão serão melhor trabalhadas no curso do presente trabalho (como, p. ex., quando forem tratados os ordenamentos português e brasileiro).

## 2.2 A mediação penal e seu contexto lusitano

Não apenas por se tratar de uma forma consensual de resolução do conflito penal, mas também pela relevância que tem adquirido dentro do contexto português, faz-se uma especial análise da mediação penal de adultos.<sup>20,21</sup>

<sup>15</sup> FARIA COSTA, 1986, p. 64-65.

<sup>16</sup> FARIA COSTA, 1986, p. 66.

<sup>17</sup> TORRÃO, 2000, p. 121-122.

<sup>18</sup> FARIA COSTA, 1986, p. 21-24.

<sup>19</sup> Faria Costa (1986, p. 22) afirma que a diversão simples é que a melhor se conjuga com a noção de oportunidade.

<sup>20</sup> A mediação em matéria penal é aplicada em outros países que formam a União Europeia. Entretanto, para fins do presente trabalho, limitar-se-á o estudo a Portugal, visto que os demais países do continente europeu citados nesse trabalho possuem regulamentação específica quanto aos acordos de sentença criminal, diversamente do contexto lusitano.

<sup>21</sup> Na classificação apresentada por Torrão (2000, p. 122), tal espécie é conhecida como *diversão com apreensão num processo de mediação*, já que há a presença de um árbitro para encontro de uma solução conciliatória. Faria Costa (1986, p. 23) afirmava que os crimes que dependem de acusação particular ou de queixa melhor se adaptam à ideia de mediação.

Importante referir que a mediação penal de adultos, no contexto português atual, é um reflexo de experiência surgida na Bélgica<sup>22</sup> (que também influenciou a União Europeia), com o firme propósito de configurar soluções alternativas ao processo criminal em si, dado o aumento da pequena criminalidade e a dificuldade do Estado em fornecer uma resposta adequada a tal problema.<sup>23</sup> Isto tudo dentro de uma novel maneira de acesso à justiça, chamada de justiça restaurativa.<sup>24</sup>

A justiça restaurativa compreende o crime como causa de um dano individual e social. Nela, a responsabilidade é definida por aqueles que estão envolvidos em suas consequências, de maneira informal, emotiva e sentimental. O resultado desejado é construído para fins de reparação subjetiva daquilo que o crime causou.<sup>25</sup>

Na linha do que ensina Faria Costa, também a mediação está inserida no chamado “modelo verde” de justiça,<sup>26</sup> já referido no tópico anterior.

Para melhor compreensão, calha ser citada a Recomendação nº R(99) 19, adotada em 15 de setembro de 1999 pelo Comitê de Ministros. Ela surgiu com o fito de regular, no âmbito da União Europeia, mas com respeito aos interesses de cada Estado-membro, a realização de mediação em matéria penal. Na própria Recomendação, consta que é a mediação uma forma flexível, compreensiva, resolutiva, participativa, seja de forma complementar, seja de forma alternativa, ao procedimento criminal tradicional.<sup>27</sup>

Com ela, pretendeu a União Europeia o reconhecimento dos interesses das vítimas, para que ela tenha preservados seus interesses, inclusive o de reparação, ao mesmo passo em que quer estimular o senso de responsabilidade daquele que pratica o delito, de forma a facilitar sua reintegração e reabilitação.<sup>28</sup>

As diretrizes nela expostas consideram a liberdade da vítima e daquele que pratica o delito em aderir à proposta de mediação como forma de resolução do conflito penal, que será conduzida por um terceiro imparcial. Saliente-se que a vontade expressada pode ser retirada durante sua realização. E, mais importante, o conteúdo da mediação deve ser confidencial e

---

<sup>22</sup> Conhecida como *Mediation for Redress*, resultou na compreensão de a relação vítima-ofensor-mediação ser complementar, não substituta, do processo criminal convencional (PELIKAN, 2005, p. 21-22). A mediação é um fenômeno que já era conhecido na China e no Japão antigos, na Grécia e em Roma (onde a mediação era representada por Juno). Até mesmo em países com cultura ibérica, a mediação não é novidade (experiências conhecidas na Espanha, em Portugal e no México) (AMADO FERREIRA, 2006, p. 46-47).

<sup>23</sup> TULKENS, 2005, p. 690-691.

<sup>24</sup> Voltada que é para o restabelecimento das relações e a reparação dos danos originados da conduta criminal (VELOSO; FELIPE, 2012, p. 3).

<sup>25</sup> WALGRAVE, 2008, p. 44.

<sup>26</sup> FARIA COSTA, 1986, p. 64.

<sup>27</sup> Conforme consta na exposição de motivos da Recomendação.

<sup>28</sup> Conforme consta na exposição de motivos da Recomendação.

não pode ser utilizado além daquilo que leve à efetivação da mediação, salvo concordância das partes.<sup>29</sup>

Também orienta no sentido da preservação de garantias processuais, como o direito de o menor ser acompanhado de defensor, da assistência parental aos menores, bem como de disponibilização de tradutor/intérprete. Isto porque as partes devem ser devidamente orientadas, quando da mediação, de seus direitos e das consequências das decisões. Pelo que, além da vontade voltada para sua realização, deve ser a mediação consciente e inteligível, da mesma forma como deve proteger a dignidade das pessoas envolvidas.<sup>30</sup>

Uma vez aceita a mediação, o mediador deverá ser informado acerca de todos os fatos relevantes e pertinentes ao caso (inclusive, deve receber todos os documentos necessários para tanto). Realizada a mediação, seu resultado terá o mesmo *status* das decisões judiciais, bem como torna preclusa a possibilidade de persecução estatal sobre os fatos mediados.<sup>31</sup>

Como sabido, o processo convencional estimula o confronto, pelo que reforça sensações de estigma e de conflito em relação àquele contra quem se imputa a prática do delito. Em consequência, a principal função da justiça penal convencional torna-se a de demonstrar os limites a serem observados por todos dentro do contexto social. Isto porque, quando o crime é cometido, há a necessidade de restabelecimento da norma violada e a proteção dos integrantes da sociedade que fora vitimizada – a vítima necessita ter assegurada sua cidadania, enquanto que o ofensor está obrigado a se submeter às exigências de sua reinserção social.<sup>32,33</sup>

Doutro lado, como também já apontado, há um incremento da desjudiciarização, da celeridade e da eficácia processual, notadamente por corresponder a um término de questão penal sem necessidade de julgamento formal,<sup>34</sup> situação comum à mediação. Isto é consequência do fato de que as vítimas, muitas vezes, não estão interessadas na vingança propriamente dita. Frequentemente, seu objetivo é satisfeito com a reparação/indenização ou com o simples pedido de desculpa (desejam a assistência, muito mais do que uma nova

---

<sup>29</sup> Conforme consta nos princípios gerais expostos na Recomendação.

<sup>30</sup> Conforme presente na Recomendação, nas disposições sobre a operação da justiça criminal com a mediação penal.

<sup>31</sup> Conforme consta na Recomendação, no ponto relativo à operação do serviço de mediação.

<sup>32</sup> WALGRAVE, 2013, p. 65.

<sup>33</sup> No confronto, o arguido buscará a sentença mais leniente que lhe for possível naquele contexto, enquanto que a vítima é utilizada como meio de prova (WALGRAVE, 2013, p. 65).

<sup>34</sup> MORÃO, 2012, p. 264.

vitimização que pode ser gerada pelas instâncias de controle),<sup>35</sup> já que este último ambiente é-lhe hostil e não é voltado para o atendimento individual.<sup>36</sup>

Tal hostilidade ocorre porque os tribunais não formam uma realidade comum na vida dos integrantes da sociedade, especialmente porque:<sup>37</sup>

- a) estão localizados em regiões administrativas que estão fora dos pontos comuns e regulares das pessoas;
- b) as estruturas existentes nos centros são por demais portentosas para o cidadão comum;
- c) as pessoas são representadas por outras pessoas com formação técnica junto aos tribunais, sem contato direto com o juiz, e por elas se percebe a realização da atividade processual;
- d) no processo criminal, o conflito inicial que se dá entre pessoas é substituído por seus representantes, de forma que aquele que representa a sociedade e, por extensão, a vítima, atua de maneira que esta última seja praticamente afastada para fora do cenário processual, com participação muito irrisória na resolução do conflito.

A justiça restaurativa<sup>38</sup> compreende o objetivo de reparar o dano como forma de obtenção de justiça,<sup>39</sup> dano este que pode ser de cunho material, psicológico ou qualquer outra

<sup>35</sup> PIZARRO DE ALMEIDA, 2005b, p. 395-396.

<sup>36</sup> A mediação alcança uma nova forma de dramatização da resposta à criminalidade, fato que havia sido atenuado com o deixar a vítima em uma posição secundária dentro do direito processual penal, dada a forma de sua ritualização, da mesma forma como se torna uma forma de privatização de determinados delitos (RODRIGUES, 2006, p. 130). Tais assertivas são consequência da aceitação da reparação como resposta penal, a atenuação do caráter público do processo, da reconsideração da vítima e da visualização de um direito penal moderado (RODRIGUES, 2006, p. 132).

<sup>37</sup> CHRISTIE, 1977, p. 3.

<sup>38</sup> Cumpre considerar que a Justiça Restaurativa é interpretada conforme duas correntes de entendimentos. A primeira, encontra nela um senso comum, que enfrenta o crime e suas consequências. A segunda, vê nela uma maneira de alcance de justiça, ao considerar os interesses das vítimas e de seus ofensores, através de um mútuo reconhecimento que aperfeiçoa as relações humanas (PELIKAN, 2005, p. 15). Sua relação com a justiça convencional dependerá da estrutura dada em cada Estado (PELIKAN, 2005, p. 18). Para Galain Palermo (2010, p. 837-838), a justiça restaurativa tem apresentado três correntes: a primeira, que foca na resposta ao delito; a segunda, naquilo que é possível obter como resultado de sua utilização; e uma maximalista, no sentido de que deveria ser vista como uma forma diferenciada de realizar-se justiça, baseada em valores sociais e filosóficos. O que deve ser tido como presente é que as duas formas de justiça se mostram complementares, na medida em que a maneira consensual restaurativa aceita definições decorrentes da outra, bem como está interessada na compreensão de responsabilidade, de reinserção, de confiança no sistema, na ratificação do ordenamento e na proteção dos bens tutelados, também conforme Galain Palermo (2010, p. 841-842).

<sup>39</sup> A reparação passa a ser vista como uma terceira possibilidade dentro do Direito Penal, ao lado das penas e das medidas de segurança, de forma autônoma, a comportar a resolução do problema criminal (MORÃO, 2012, p. 259). Como reflexo desta nova via, a mediação traz respostas de aproximação dos seus integrantes, de informalidade, de simplicidade, de celeridade e de consenso construído, ao invés da imposição vertical da ordem, sem maior participação dos envolvidos (PIZARRO DE ALMEIDA, 2005b, p. 401). Segue um rito próprio, informal, flexível, gratuito, voluntário e confidencial, em que pese emergir do processo penal, com o objetivo de ajustar o conflito penal às demandas de prevenção, bem como possibilitar a reparação de danos decorrentes do

forma que tenha determinado um sofrimento à vítima, ao seu ambiente próximo e à sociedade, que convive com a incerteza quanto à eficiência das estruturas estatais em proporcionar segurança.<sup>40</sup> É possível considerar, portanto, que o objetivo da justiça restaurativa é a recuperação do equilíbrio social perturbado mais do que a punição propriamente dita, pois o crime torna-se um assunto dos indivíduos mais do que um assunto de Estado, com a potencialização da determinação individual.<sup>41</sup>

Importante considerar que o real êxito da atividade restaurativa resulta na compreensão de remorso quanto à injustiça praticada, da censura do ato, do perdão, da clemência e da desculpa.<sup>42</sup> Assim, os programas restaurativos devem observar a lista de valores locais, sejam decorrentes ou não de orientações de organismos de discussão, para que demonstrem quais os fins que pretendem alcançar.<sup>43</sup>

Mas mantém o objetivo de demonstrar a desaprovação quanto à transgressão da norma e a reafirmação da ordem jurídica junto ao público, à vítima e ao ofensor, fulcrada na participação e compreensão voluntária acerca do acordo necessário.<sup>44,45</sup>

A noção de prevenção continua sendo a mesma da punição estatal clássica, ou seja, a partir do confronto do agressor com o crime praticado e as consequências dali advindas (prevenção especial positiva), até para incrementar a noção de validade e de efetividade das regras e normas, de maneira a contribuir com a ordem social violada anteriormente (prevenção geral positiva).<sup>46</sup> Ao mesmo passo, não deixa de representar uma retribuição ao crime praticado.<sup>47,48</sup>

A doutrina, em face do crescimento que a mediação penal vem obtendo, tem apresentado considerável análise da matéria.

De tais análises, infere-se que um programa restaurativo deve considerar a necessidade de não dominação (*non-domination*) de um envolvido sobre o outro, de maneira que qualquer forma de força de um participante sobre o outro deve ser imediatamente contida. Igualmente,

---

ilícito, mas não impede o retorno ao processo penal convencional se ela restar frustrada (MONTE, 2011, p. 115-116).

<sup>40</sup> WALGRAVE, 2013, p. 61.

<sup>41</sup> MORÃO, 2012, p. 258.

<sup>42</sup> BRAITHWAITE, 2013, p. 12-13.

<sup>43</sup> BRAITHWAITE, 2013, p. 14.

<sup>44</sup> WALGRAVE, 2013, p. 61-62.

<sup>45</sup> Sempre com a consciência de que eventual punição que não se satisfaça na mediação deve ser determinada de forma judicial (WALGRAVE, 2013, p. 64).

<sup>46</sup> MORÃO, 2012, p. 261.

<sup>47</sup> MORÃO, 2012, p. 262.

<sup>48</sup> A mediação serve para diminuir o estigma do “medo do outro”, com desmistificação da imagem dos envolvidos para eles próprios; para preservação dos interesses dos envolvidos para solução da contenda; para esclarecer dúvidas e pensamentos irracionais envolvidos no crime; e para reforçar os sentimentos de pertencimento e de cidadania (PIZARRO DE ALMEIDA, 2011, p. 112).

deve haver o fortalecimento (*empowerment*<sup>49</sup>) das intenções dos envolvidos, a ponto de que até mesmo a expressão da raiva no momento da negociação seja legítima. Também devem ser respeitados os limites que envolvam a dignidade dos participantes (*honouring limits*<sup>50</sup>), pois inadmissíveis quaisquer formas degradantes ou humilhantes no tratamento. Como consequência, deve haver uma oitiva respeitosa (*respectful listening*) daquilo que vem exposto pelos participantes. Evidentemente, há de existir uma preocupação igualitária com os participantes (*equal concern for all stakeholders*), já que qualquer situação que fora apresentada anteriormente deve fazer parte do tratamento dispensado tanto ao ofensor quanto ao ofendido, mas eventuais auxílios a serem dispensados dependerão das necessidades a serem apresentadas no contexto. Por último, ressalte-se, deve ser garantida a possibilidade de buscar a solução da questão junto à justiça tradicional, caso não satisfeito ou insuficiente o tratamento mediante a justiça restaurativa, iniciada ou não (*accountability, appealability*).<sup>51</sup>

A mediação penal, uma das formas de justiça restaurativa, rege-se pelas noções de consentimento informado (vontade livre e esclarecida dos envolvidos em dela participar), confidencialidade (de forma que o que fora ali discutido não pode ser utilizado posteriormente em caso de ausência de êxito da conciliação<sup>52</sup>), informalidade (a mediação, internamente, não obedece a uma forma preestabelecida) e pessoalidade (necessária se faz a participação pessoal dos envolvidos para sua efetivação).<sup>53</sup>

Feita essa primeira digressão, diga-se que, em Portugal, a mediação penal de adultos foi estabelecida a partir da Lei nº 21/07 de 12 de junho daquele ano,<sup>54</sup> em respeito ao artigo 10º da Decisão Quadro nº 2001/220/JAI,<sup>55</sup> e ocorre nas hipóteses de processos penais cujos procedimentos dependam de queixa ou de acusação particular, mormente quando versarem

<sup>49</sup> Baseia-se na noção de que as partes que dele participam possuem a devida capacidade para lá estarem, tanto no que diz com o dano praticado/sofrido, quanto no que diz com a capacidade de aceitar e negociar as condições que a formam. Entretanto, se necessário for, compete ao mediador igualar as condições daquele que se apresentar mais fragilizado na mediação (PELIKAN, 2005, p. 23).

<sup>50</sup> É a possibilidade de se falar em reconhecimento (*recognition*) da outra pessoa, ao perceber e entender as ações e palavras, a partir da condução do mediador. É o reconhecimento que formata as etapas para o remorso de quem cometeu e o perdão de quem foi atingida pelo crime (PELIKAN, 2005, p. 24).

<sup>51</sup> Por todos, Braithwaite (2013, p. 9-11), de onde foi a explicação extraída.

<sup>52</sup> MORÃO, 2012, p. 275.

<sup>53</sup> MORÃO, 2012, p. 271.

<sup>54</sup> A mediação penal surgiu em Portugal a partir de uma iniciativa da Faculdade de Direito da Universidade do Porto com a Procuradoria-Geral Distrital do Porto e pelo Departamento de Investigação e Acção Penal do Porto, no ano de 2004, e dali surgiu a compreensão de que se tratava de uma forma autônoma de atuação (REIS, 2010, p. 575).

<sup>55</sup> Que estabelece a necessidade de que os Estados-Membros promovam a mediação como forma de resolução dos conflitos penais que forem tidos como pertinentes para tal instituto, assegurando a possibilidade de realização de acordos, por mediação em processos penais, entre ofendido e autor da infração.

sobre crimes contra as pessoas ou contra o patrimônio.<sup>56</sup> O mediador será designado nos termos estabelecidos na lei citada.<sup>57</sup>

Conforme lição de Santos,<sup>58</sup> houve uma aplicação “minimalista” do instituto pelo legislador português, ao estabelecer que ele é um assunto do ofendido e apenas dele, o que confirmou a noção de disponibilidade do processo face ao seu interesse.

Pode-se dizer que há disponibilidade no exercício desse tipo de ação penal,<sup>59</sup> pois, alcançado e assinado o acordo, nele estará representada a desistência da queixa de parte do ofendido e o afastamento de qualquer oposição por parte do arguido<sup>60</sup> (em caráter informal e flexível, com o firme propósito de aproximar os envolvidos<sup>61</sup>). Sempre com o fito de que haja a reparação dos danos causados pelo fato ilícito e, assim, a contribuição para o

---

<sup>56</sup> Nos termos do artigo 2º, nº 1 e 2, da Lei portuguesa. De ser salientado que não haverá aplicação da mediação penal, nos termos do nº 3 do mesmo artigo, quando a pena de prisão for superior a 5 anos; o crime for contra a liberdade ou autodeterminação sexual; o crime for de peculato, corrupção ou tráfico de influência; o ofendido for menor de 16 anos; ou se for aplicável o procedimento sumário ou o sumaríssimo. Em razão dos crimes que admitem a mediação penal, confere-se uma sensação de controle maior ao ofendido e de pertencimento ao grupo social (PIZARRO DE ALMEIDA, 2005b, p. 396). Entretanto, nem todas as vítimas podem ser submetidas à mediação, de tal forma que alguns contatos não são recomendados, como nos casos de crimes sexuais, pelo reforço e renovação do trauma que causam (PIZARRO DE ALMEIDA, 2005b, p. 398). Se incabível a mediação penal nos moldes legalmente previstos, ela pode servir de justificação para a redução da pena a ser imposta ou de imposição de penas outras diversas da prisão (AMADO FERREIRA, 2006, p. 38-39), com o que haveria uma integração da justiça retributiva com a restaurativa.

<sup>57</sup> Ressalte-se que inexistente mediação que envolva juiz e acusador, pois isto seria uma forma de reparação/conciliação (TULKENS, 2005, p. 691). Na mediação, a relação se faz entre a vítima e o agressor, na presença de um terceiro, afastada do aparato judicial (PINTO, 2005, p. 103). No que diz com a mediação, como já referido, o mediador assume a função de propor uma maneira de solução ao litígio apresentado, pelo que cabe aos demais participantes aceitar ou não (caminho propositivo) (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2000, p. 75). Em que pese parecer importante o caráter de neutralidade do mediador, admite-se que, por vezes, esteja ela na condição de cuidar do mal sofrido pelo ofendido, sempre com o zelo de não contribuir para a estigmatização daquele que o cometeu, para que possa ser devidamente ressocializado, tal qual como poderia acontecer se a mediação acontecesse no momento da execução da pena. Isto porque se está diante de uma situação onde há um conflito entre pessoas, de forma que não se discuta quem é o bom e o mau (MARQUES DA SILVA, 2005, p. 98).

<sup>58</sup> SANTOS, 2014, p. 879-881.

<sup>59</sup> Há um espaço concedido pela legislação de limitação da atividade estatal pela vontade da vítima que, em Portugal, se caracteriza pelos chamados crimes particulares e semipúblicos, por considerações de oportunidade, na medida da necessidade de uma “válvula de escape” do conflito que existe entre quem delinque e a comunidade ofendida (PINTO, 2005, p. 100-101). O Ministério Público pode opor-se ao requerimento da vítima ou do ofensor quando entender que o crime praticado não está enquadrado dentre aqueles que admitem a mediação ou, se finalizada a investigação, compreender que não há elementos suficientes que digam quanto à autoria ou ao fato em si, bem como quando da existência de qualquer causa de extinção da investigação (CARMO, 2010, p. 462-463). No caso de crimes que dependam da vontade da vítima para sua persecução, há de se compreender que a obrigatoriedade da ação penal está vinculada ao interesse dela, a partir de compreensões quanto ao crime em si e outros valores que a ela interessem, o que causa disponibilidade quanto a tais condutas, mesmo que o poder de penalização esteja assegurado ao Estado (FARIA COSTA, 1986, p. 40-41).

<sup>60</sup> Nos termos do artigo 5º, nº 4, da Lei portuguesa, com a ressalva de que, não cumprido o acordo no prazo fixado, o ofendido poderá renovar a queixa no prazo de um mês, o que determinará a reabertura do inquérito.

<sup>61</sup> A compreensão de vítima decorre daquela que estabelece que seja ela a titular dos interesses ofendidos pela prática do crime, com legitimação para transigir. Tem forte influência no conteúdo do acordo e pode renovar o direito de queixa caso não seja ele adimplido – pode-se, pois, dizer que a vítima tem o poder de determinar a existência, o desenvolvimento e o modo como termina a mediação (REIS, 2010, p. 581).



restabelecimento da paz social.<sup>62</sup> Note-se que o conteúdo do acordo é de livre confecção entre os envolvidos, mas não pode incluir sanções privativas de liberdade, ofender a dignidade do arguido e ser superior a seis meses.<sup>63</sup>

Na linha do que vem exposto em Santos,<sup>64</sup> a ausência de uma tipificação de medidas cabíveis em mediação penal se coaduna com o sentido próprio do instituto, dado o carácter de liberdade que o cerca, voltado para pacificação do conflito interpessoal.

Conclui-se da legislação que, quando houver iniciativa do Ministério Público para a mediação,<sup>65</sup> além da necessária coleta de indícios da prática pelo arguido, deve ser compreendido que a mediação é viável e que as exigências de prevenção ficarão suficientemente supridas com ela (confiança, paz jurídica e reabilitação do autor).<sup>66,67</sup> De outra banda, a iniciativa ministerial pode ser prejudicada se arguido e/ou ofendido não concordarem com ela<sup>68,69,70</sup> - a falta de consentimento e a ausência de acordo (seja porque a mediação não aconteceu em tempo hábil, seja porque as partes a ele não chegaram) determina o seguimento da ação penal.<sup>71</sup>

Saliente-se que os indícios suficientes são mesmo aqueles que se exigem do Ministério Público para movimentação da ação penal, nos termos do artigo 283º, nº 2, do Código de Processo Penal português, ou seja, que contemplem a possibilidade de aplicação de pena ou de medida de segurança (a presença de elementos suficientes que digam que o arguido praticou o crime, que o fato aconteceu e que tal fato é punível),<sup>72</sup> pelo que somente poderá haver iniciativa em prol da mediação quando finalizada a investigação.<sup>73,74</sup>

<sup>62</sup> Interpretação que se faz a partir do conteúdo do artigo 4º, nº 1, da Lei portuguesa.

<sup>63</sup> Nos termos do artigo 6º, nº 1 e 2, da Lei portuguesa. O conteúdo do acordo deve estar assegurado pela dignidade da pessoa humana, pela razoabilidade e pela proporcionalidade (BELEZA; MELO, 2012, p. 97).

<sup>64</sup> SANTOS, 2014, p. 697-698.

<sup>65</sup> Possibilidade aventada nos termos do artigo 3º, nº 1, da Lei de regência da mediação penal em Portugal. No nº 2 do citado artigo, consta a previsão da mediação ser requerida pela vítima e pelo ofendido.

<sup>66</sup> CARMO, 2010, p. 462.

<sup>67</sup> Na mesma linha de entendimento, Lamas Leite (2008, p. 49-50). Mas também há de se ressaltar o cuidado com a prevenção especial, para que sirva ao arguido como limite de sua esfera jurídica, tudo com o interesse de que seja evitada nova prática criminosa (LAMAS LEITE, 2008, p. 50). A remessa do inquérito para mediação não se caracteriza como um critério discricionário, pois deixaria o Ministério Público como responsável por uma determinada política criminal, o que também violaria regras de igualdade e de eficácia preventiva do sistema (LAMAS LEITE, 2008, p. 79).

<sup>68</sup> CARMO, 2010, p. 459.

<sup>69</sup> No mesmo sentido, Reis (2010, p. 578) e Beleza e Melo (2012, p. 93).

<sup>70</sup> Nos termos do artigo 3º, nº 5; e artigo 4º, nº 2, da Lei portuguesa. Além disto, a vítima tem consigo o direito de não ser confrontada com seu agressor, já que a ela é dado o direito de poder se recuperar dos efeitos do fato e encontrar a melhor forma de enfrentar o contexto dele decorrente (REIS, 2010, p. 583).

<sup>71</sup> Nos termos do artigo 3º, nº 6; e artigo 5º, nº 1, da Lei portuguesa.

<sup>72</sup> Nos termos do artigo 3º, nº 1, da Lei portuguesa.

<sup>73</sup> CARMO, 2010, p. 460-461.

Por se tratar de um país que segue as tradições continentais europeias, estabeleceu Portugal que as sessões de mediação terão natureza confidencial e, mais importante, não poderão ser utilizadas como prova em processo.<sup>75</sup> Assim o é porque há direitos dos acusados a serem respeitados e uma vontade voltada a determinado fim, o que exige confiança entre as partes e o mediador. Assim, devem os envolvidos ser esclarecidos de que os termos ali dispostos não serão utilizados contra eles em outros feitos, até mesmo o que decorrer da mediação frustrada, como forma de incentivo a participar de sua realização.<sup>76</sup>

Pode-se dizer que a mediação penal bem projetada e realizada apresenta benefícios para a vítima e para aquele indicado como responsável pela prática do fato criminoso. A título de exemplo, pode-se citar a participação ativa da vítima na resolução do conflito penal, a possibilidade de ela expor as suas percepções e as consequências sofridas com maior amplitude, a maior viabilidade de reparação dos danos sofridos por ela, a chance de o apontado autor expor as motivações que levaram à prática delitiva, a diminuição da estigmatização e o reforço dos vínculos sociais.<sup>77</sup>

Repita-se que, em Portugal, a mediação penal como forma de alternativa ao processo tem lugar quando da fase do inquérito.<sup>78,79</sup> Quando existente algum concurso de crimes, desde que haja possibilidade legal para tanto, é possível a separação dos processos para que seja procedida mediação penal, com o seguimento da ação penal quanto àqueles que não a admitem, da mesma forma como pode haver separação quando existentes mais de um arguido. Entretanto, na hipótese de vários ofendidos de um mesmo crime, caso haja dissidência entre seus interesses, tem-se entendido da impossibilidade de aplicação da mediação,<sup>80</sup> sob pena de haver dupla penalização decorrente de um mesmo fato.

---

<sup>74</sup> Até para que se evite a participação de quem não possa ser considerado “culpado”, bem como para que o mediador possua todos os elementos necessários (PIZARRO DE ALMEIDA, 2011, p. 106-107) – ou seja, se há disponibilidade da ação, mantém-se a obrigatoriedade quanto sua investigação.

<sup>75</sup> Nos termos do artigo 4º, nº 5, da Lei portuguesa.

<sup>76</sup> AMADO FERREIRA, 2006, p. 37.

<sup>77</sup> VELOSO; FELIPE, 2012, p. 5-7.

<sup>78</sup> CARMO, 2010, p. 455.

<sup>79</sup> De ser considerado que Morão (2012, p. 273) aponta que a mediação penal, em Portugal, não é uma alternativa ao processo penal, mas uma integração a ele, porque a finalização positiva dela implica na desistência do ofendido nos manejos necessários para a ação penal que dependam de sua vontade, bem como na não oposição do arguido. Entretanto, caso o acordo não venha a ser cumprido, pode o ofendido renovar sua queixa. Compactuando com o que expõe Monte (2011, p. 115-116), pode ser considerada como uma via complementar de resolução dos conflitos penais, sem decisão de culpa, mas com a recuperação da imagem da vítima na forma de discussão do mesmo conflito, e por incentivar a economia e celeridade processual, mostra-se relevante que ocorra ainda na fase do inquérito.

<sup>80</sup> CARMO, 2010, p. 458-459.

Na hipótese de mais de um ofensor, uma vez celebrada a mediação, somente poderá haver renovação do direito de queixa quanto àquele que não vier a cumprir os termos celebrados, com preservação do arquivamento em relação aos demais.<sup>81,82</sup>

Parte da doutrina entende que a vedação de utilização da mediação quando presente a possibilidade de processo sumaríssimo ou sumário não se justifica, seja porque presente há hipótese de suspensão provisória do processo (no sumário), seja porque há possibilidade de consenso quanto à condenação (sumaríssimo)<sup>83</sup> - opinião com a qual comungamos, apesar da expressa vedação legal.<sup>84</sup>

Para que tudo isso se perfectibilize, alguns conceitos básicos são imprescindíveis nesse contexto (e que também são comuns às outras formas de consenso em processo penal).

O primeiro é o voluntarismo, com a necessidade de que a vontade a ser expressada deva ser livre, esclarecida e devidamente presente quanto aos direitos envolvidos e ao procedimento em si<sup>85</sup> - razão pela qual é incabível a imposição de tal rito em todo e qualquer procedimento.

A questão da voluntariedade também explica o motivo pelo qual não se pode impor ao ofendido a presença de seu agressor, seja para evitar nova vitimização praticável por ele, seja para evitar retaliação de terceiros, o que assegura que possa ser ele protegido de tal contato.<sup>86</sup>

Como decorrência da voluntariedade, tem-se necessária a presença do consenso na formatação da justiça restaurativa, cujo êxito demanda que as partes interajam e comuniquem-se durante ele. Deve haver equilíbrio entre os envolvidos,<sup>87</sup> com devido esclarecimento daquilo que deve ser feito por e para cada um, obviamente registrado para garantia dos seus termos e guarda no que tange à finalização dele.<sup>88</sup>

Na medida em que há consenso, opta-se pelo não exercício de outros meios para resolução do conflito.<sup>89,90</sup>

---

<sup>81</sup> CARMO, 2010, p. 469.

<sup>82</sup> Na mesma linha, Pizarro de Almeida (2011, p. 105).

<sup>83</sup> CARMO, 2010, p. 473-474.

<sup>84</sup> Conforme consta no artigo 2º, nº 3, letra “e”, da Lei de regência da mediação penal em Portugal.

<sup>85</sup> AMADO FERREIRA, 2006, p. 29-31.

<sup>86</sup> AMADO FERREIRA, 2006, p. 32.

<sup>87</sup> Até porque, muitas vezes, os fatos ali estabelecidos para a mediação decorrem de um contexto social onde a figura de agressor e de vítima é mutável, como ocorre nas situações de disputas verbais, físicas e materiais (AMADO FERREIRA, 2006, p. 36) – crimes de lesões corporais, ameaças, danos e contra a honra, especialmente.

<sup>88</sup> AMADO FERREIRA, 2006, p. 34-35.

<sup>89</sup> AMADO FERREIRA, 2006, p. 35.

<sup>90</sup> Note-se que, por exemplo, a mediação pode até existir em um caso de homicídio tentado, mas a natureza do crime e de sua persecução penal impedem que ela, por si só, represente cause de encerramento da acusação oferecida.

A celeridade aqui representada nada mais é do que o reflexo da simplicidade de atos e de formas, com regras próprias e específicas para a mediação, o que acaba por redundar em autocomposição de interesses dos envolvidos, com redução de custos para o Estado e aqueles envolvidos de forma direta ou indireta.<sup>91</sup>

Em Portugal, a mediação faz uma elaboração da conflitualidade posta, com o firme propósito de aproximação entre as pessoas.<sup>92</sup> Assim, diga-se que ela possui alguns elementos essenciais, comuns à mediação em geral. O primeiro é definido como elemento social (*the social element or life-world element*) e se caracteriza por ser o primordial deles, na medida em que lida com a experiência vivida e as consequências decorrentes de tal experiência para vítima e ofensor.<sup>93</sup>

Noutro ponto, tem-se o elemento democrático (*the participatory or democratic element*), que decorre do procedimento de mediação entre vítima e ofensor, e que se mostra pela voluntariedade na participação e o interesse em retomar responsabilidades.<sup>94</sup>

O terceiro e último elemento é o de reparação (*the reparative element*). Ele considera que o conflito é uma desordem dentro da sociedade, pelo que busca maneiras de reconstrução de tal tecido violado. Igualmente, por considerar a participação da vítima, encontra nela suas reais necessidades (materiais e psicológicas), em alternativa à punição em si – valoriza as reais preocupações do ofendido, de maneira que diminui a possibilidade de que tenha direitos prejudicados pela atuação do Estado.<sup>95</sup>

No contexto português, o que difere é a aceitação de que o Ministério Público possa ser responsável pela finalização de um processo criminal, não o juiz (este é quem dispõe do poder de prolação de sentença, análise de consequências penais e as finalidades impostas para a pena).<sup>96,97,98</sup> Mas é fácil compreender tal circunstância: por ser alternativa e ocorrente antes do início do processo criminal, é conveniente que sua homologação permaneça com o

<sup>91</sup> AMADO FERREIRA, 2006, p. 40-41.

<sup>92</sup> A partir da lição de Galain Palermo (2010, p. 848).

<sup>93</sup> PELIKAN, 2005, p. 16.

<sup>94</sup> PELIKAN, 2005, p. 16.

<sup>95</sup> PELIKAN, 2005, p. 16-17.

<sup>96</sup> GALAIN PALERMO, 2010, p. 849-850.

<sup>97</sup> Na mesma obra, expressa sua opinião de que a justiça criminal passou a ser controlada e determinada pelo Ministério Público, em um sistema sem juízes, concentrando-se na administração, não na justiça penal (GALAIN PALERMO, 2010, p. 852-853). Ainda na obra, entende que Portugal não necessitava de novas formas de soluções consensuais como a mediação, já que havia previsão suficiente na suspensão provisória do processo, na medida em que contempla ela os requisitos e a compreensão de justiça restaurativa (GALAIN PALERMO, 2010, p. 856-857).

<sup>98</sup> Monte (2011, p. 117) critica o fato de que o Ministério Público assim proceda, na medida em que somente o juiz possuiria a necessária independência para a homologação do acordo.

Ministério Público, porque é dele o domínio da ação penal.<sup>99</sup> Deve ele zelar para que não haja a imposição de penas ou sanções, nos termos da legislação.<sup>100</sup>

É exigência que haja um critério que possibilite a conversação entre ofensor e vítima, de maneira que exista uma aproximação entre eles, mas sem que isto substitua o conflito propriamente dito, em uma medida que demande tempo de discussão, compreensão, comunicação, decisão, responsabilização e reparação.<sup>101</sup>

Há de ser considerado que não pode a mediação ser encarada como uma solução para todas as hipóteses criminais, seja por sua natureza, seja pelas condições dos envolvidos, o que demanda dinamicidade nas abordagens.<sup>102</sup> Observe-se que Walgrave<sup>103</sup> reconhece que haveria a necessidade de sua aplicação em uma idealização de justiça em uma sociedade idealizada. Como inexistente a idealização, também deve ser reconhecida a necessidade de um devido processo e de uma proporcionalidade nas punições para a salvaguarda de direitos e da justiça como um todo.<sup>104</sup>

Logo, a justiça restaurativa necessita ter seus limites devidamente desenhados dentro do contexto legal, especialmente para que exista a devida proteção dos interesses sociais que mereçam ser tutelados pela justiça estatal. A isto, adiciona-se a compreensão de que, quanto mais estrita for sua utilização, maior será sua eficiência e reconhecimento, não lhe cabendo uma amplitude que confunda a aplicação e o resultado (é o que se chama de '*expresso-definition*').<sup>105,106</sup>

A lei de mediação penal esclarece que a vontade do legislador português foi a de adotar a mediação como uma parte colocada no processo penal, em respeito ao princípio da legalidade que graça no ordenamento jurídico de lá, sem adoção de qualquer critério que pudesse incluí-lo em uma linha abolicionista – está ela, pois, atrelada às regras jurídico-

---

<sup>99</sup> Na linha expressada por Pizarro de Almeida (2005a, p. 49), com a qual se expressa concordância, ainda mais quando se observa que a homologação do acordo mediado impede o prosseguimento da ação penal a ser manejada pelo Ministério Público – e inexistente qualquer previsão para que as vítimas tenham seu desinteresse (nos casos em que a lei faz depender da vontade dela a persecução) homologado pelo Poder Judiciário, desistência esta que independe de ser resultado de mediação ou não.

<sup>100</sup> REIS, 2010, p. 589.

<sup>101</sup> CASTRO, 2006, p. 152-153.

<sup>102</sup> CASTRO, 2006, p. 154.

<sup>103</sup> WALGRAVE, 2013, p. 75-76.

<sup>104</sup> WALGRAVE, 2013, p. 75-76.

<sup>105</sup> Consoante Walgrave (2008, p. 18).

<sup>106</sup> Em que pesem suas características extraprocessuais, a justiça restaurativa não pode ser vista como uma opção mais leve, na medida em que não há uma atuação indireta (que ocorre no processo convencional), pois nela há enfrentamentos diretos, carregados de emoções, de forma que haja submissão às desaprovações da parte – tanto que o pedido de desculpa carrega forte carga de humilhação (WALGRAVE, 2008, p. 46-47).

processuais, com necessidade de respeito aos direitos dos sujeitos envolvidos e a eficácia do sistema.<sup>107</sup>

De todo o exposto, percebe-se que a mediação penal, em território lusitano, nos aspectos gerais, demonstra acerto na sua fixação, porque consentânea com os principais pressupostos exigidos para sua aplicabilidade, no que diz com a preservação de sua área de abrangência junto àquela criminalidade que se mostra mais direta às vítimas e ao agressor e que turbam, com mais frequência, a convivência social. Delitos de menor gravidade necessitam uma resposta mais ágil e desapegada, por vezes, do formalismo punitivo, pois, como já referido, até o pedido de desculpas pode ser suficiente.

Ademais, preserva as instâncias formais de controle penal para os delitos de maior vulto e para quando a própria mediação for insuficiente, sem buscar apoio nas ideias abolicionistas<sup>108</sup> – o Estado necessita estar presente na manutenção da segurança, o que também se faz via processo penal e as punições criminalmente propostas (em reforço a tal conclusão, importante notar que os prazos de prescrição do procedimento criminal suspendem-se desde a remessa do processo para mediação até à sua devolução pelo mediador ao Ministério Público ou, tendo resultado o acordo, até à data fixada para o seu cumprimento<sup>109</sup>).

As únicas notas críticas que merecem ser apontada estão no artigo 6º, nº 2, da Lei de regência da mediação penal de adultos. E faz-se isto por duas razões em especial.

A primeira, porque o acordo não pode admitir medidas que sejam superiores a seis meses. Não se compreende porque uma limitação de tal monta. Exemplifica-se: em uma determinada mediação, é reconhecida a necessidade de reparação da vítima em valor de monta, valor este que o ofensor não dispõe para pagamento em uma prestação apenas e, por sua condição pessoal, somente poderia ser adimplido em dez prestações mensais. Porque não se poderia privilegiar tal acordo, se houvesse satisfação dos envolvidos? Talvez tenha havido um preciosismo exacerbado, na medida em que a própria lei de incentivo à mediação penal serviria de catalisador para a justiça comum no caso imaginado. Dever-se-ia imaginar em uma alternativa para situações como esta.<sup>110</sup>

<sup>107</sup> LAMAS LEITE, 2008, p. 45-46, 52.

<sup>108</sup> A possível presença de linhas abolicionistas na mediação vem comentada por Rodrigues (2006, p. 130).

<sup>109</sup> Previsão nos termos do artigo 7º, nº 2, da Lei de regência da mediação penal em Portugal.

<sup>110</sup> Santos (2014, p. 705) sustenta que o que deve ser exigido é que o acordo não seja manifestamente desproporcional, seja no que diz com as finalidades da mediação penal, seja no que diz com a visão global dos sistemas de reação à criminalidade.

A segunda razão vem a partir do que expõem Beleza e Melo,<sup>111</sup> quando afirmam que se admite a prestação de serviços como forma de acordo em mediação penal, na medida em que a lei somente exclui as penas privativas de liberdade (nº 2 do artigo 6º).<sup>112</sup> Difícil concordar-se com tal possibilidade. Como admitir-se que haja a imposição de alguma prestação de serviço que se caracteriza como uma regra ou injunção, nos termos da previsão específica da suspensão provisória do processo? Aqui, se a mediação a previr, seria caso de aplicação do entendimento expressado pelo Tribunal Constitucional português quando do exame da suspensão provisória do processo,<sup>113</sup> que entendeu pela inconstitucionalidade da imposição de injunções e regras de conduta pelo Ministério Público, sem a participação judicial, em violação os artigos 206º e 32º, nº 4, da Constituição da República de Portugal, o que levou à readequação das previsões do instituto. Se não poderia haver tal imposição por parte do titular da ação penal de cunho público, com muito mais razão não poderia ela acontecer em casos que dependessem da vontade da vítima, sob pena de caracterização de uma justiça de cunho privado, especialmente quando se nota que a homologação do acordo é feita sem a participação judicial.

Ficam as críticas para apreciação e consideração.

### 2.3 A negociação de sentença criminal

As formas mais tradicionais de negociação de sentença criminal são aquelas conhecidas do sistema americano, notadamente a *plea bargaining*. Entretanto, podem ser citados, igualmente, o *nolo contendere* (também americano), o *Absprachen* e o *patteggiamento*, que serão melhor explicitados no andamento da presente pesquisa.

Da mesma forma, podem ser referidas as situações que decorrem das chamadas ordens penais (*penal orders*) e dos procedimentos abreviados.

As ordens penais consistem na apresentação escrita da acusação, acompanhada de requerimento de aplicação de uma determinada punição, ao juiz. Caso o juiz aceite o requerimento, é conferido prazo para o acusado responder e/ou objetar a proposta. Se o réu apresentar objeção, o processo tem convencional andamento. Se expressar aceitação, o requerimento transformar-se-á em condenação.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> BELEZA; MELO, 2012, p. 99.

<sup>112</sup> Aliás, Santos (2014, p. 700) expõe que não há uma proibição de toda e qualquer liberdade ambulatoria do arguido, pelo que admite a possibilidade de determinação de proibição de frequência a determinados locais.

<sup>113</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo nº 302/86. Acórdão nº 7/87, p. 504(13).

<sup>114</sup> THAMAN, 2010, p. 339-342.

De ser apontado que os casos de ordens penais não se caracterizam como negociação de sentença criminal em forma de *guilty plea*. Isto porque são necessárias duas ratificações: a do juízo, quanto ao recebimento da acusação e da pena sugerida; e da defesa, que deve aceitar os termos sugeridos, após um juízo de valor quanto à pena proposta em face de um crime previamente definido.

Já nos procedimentos abreviados,<sup>115</sup> o acusado prefere ser julgado com base no material então coletado na investigação preliminar, com um desconto de pena ou a fixação de uma pena mais abrandada em relação à inicialmente prevista. Há a possibilidade de o arguido fazer algum requerimento para manifestação, bem como de o julgador determinar alguma diligência probatória. Percebe-se, pois, que há mais a intenção de encurtar o andamento processual, sem que o acusado, com isto, esteja submetido à condenação por tal opção (é o caso do *giudizio abbreviato* italiano).

### 2.3.1 Um intento de definição e sua natureza jurídica

É possível conceituar a negociação de sentença criminal tomando a concepção da *plea bargaining*<sup>116</sup> como base. Trata-se de um acordo entre a acusação e a defesa, mesmo que ausente a participação judicial para seu resultado final, em que há concessões recíprocas, com o objetivo de buscar-se a declaração de culpa do acusado (conhecida pelos americanos como *guilty plea*) ou a declaração de que não haverá a contestação da acusação (conhecida pelos americanos como *plea of nolo contendere*<sup>117</sup>).<sup>118</sup> Ao final do acordo, haverá a aplicação de uma condenação mais leniente do que aquela que poderia ocorrer caso o processo seguisse

---

<sup>115</sup> THAMAN, 2010, p. 380-382.

<sup>116</sup> “Plea bargaining is based on the premise that a defendant will exchange the uncertainties and costs of going to trial and the possibility of a lengthy sentence for the certainty of a fixed outcome which guarantees a less severe sanction than would have been imposed if he had been convicted after trial. In return, the argument continues, the state saves the time and expense of having to mount a trial [...]. In the conventional view of plea bargaining, the defendant extracts concessions, either the elimination of charges or an agreed-upon sentence recommendation, in exchange for pleading guilty. The view is based on the assumption that in the absence of such concessions the defendant will go to trial [...]” (FEELEY, 1979b, p. 185-186).

<sup>117</sup> A ausência de contestação na *plea of nolo contendere* não produz efeitos junto à ação cível. Como consequência, é mais comum nos casos de crimes econômicos em geral, pois a ação cível, nestes casos, apresenta um risco bastante elevado para aquele que venha a ser condenado dada a necessidade de ressarcimento (CABEZUDO RODRÍGUEZ, 1996, p. 67).

<sup>118</sup> De ser observado que a principal nota de diferenciação entre elas reside na consequência de que a primeira produzirá efeitos no juízo cível, enquanto que a segunda, não. Diferenciam-se, igualmente, porque as segundas, no âmbito americano, não são aceitas em todos os estados (ALBERGARIA, 2007, p. 19-20).



convencional andamento e condenação,<sup>119</sup> com o pressuposto de disposição de direitos concedidos aos sujeitos processuais.<sup>120</sup>

Na negociação de sentença criminal, visualiza-se a mutualidade de concessões:<sup>121</sup> a acusação renuncia à possibilidade de obtenção de uma sentença mais gravosa, ao passo que a defesa lança mão de seus direitos constitucionais relativos a agir contra sua autoincriminação e de ser julgado pelo juízo.<sup>122</sup>

Do exposto, afirma-se que são aplicados institutos comuns aos contratos à negociação de sentença criminal:<sup>123,124</sup> além da obrigatoriedade de cumprimento daquilo que fora estabelecido, também são exigidas a voluntariedade<sup>125</sup> e a compreensão de seus termos.<sup>126,127</sup>

Como se vê, a negociação de sentença criminal não surge como substituto do processo penal, mas caracteriza-se por se tratar de um ato de vontades<sup>128</sup> que conduz a um procedimento diferenciado do procedimento comum. Ela está comprometida com o resultado e com a consequente aplicação da pena que se mostre mais afeita ao fato e à culpa que motivou a sua realização.<sup>129</sup>

---

<sup>119</sup> ALBERGARIA, 2007, p. 26.

<sup>120</sup> WAN, 2007, p. 36.

<sup>121</sup> UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case of Scoppola v. Italy (nº 2, application nº 10249/03), p. 34.

<sup>122</sup> LYNCH, 2003, p. 24

<sup>123</sup> THAMAN, 2010, p. 346-347.

<sup>124</sup> A Suprema Corte Americana já manifestou em tal sentido (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978), documento não paginado; ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971), documento não paginado).

<sup>125</sup> Calha dizer que a voluntariedade pode advir da culpabilidade evidente, de eventuais remorsos que atemorizem o acusado e/ou do induzimento feito pela própria lei, que autoriza um juízo mais leniente quando dos acordos (CABEZUDO RODRÍGUEZ, 1996, p. 65).

<sup>126</sup> SIGMAN, 1999, p. 1322.

<sup>127</sup> O acusado acata os termos propostos por aquele que acusa e recebe, como contraprestação, uma sanção mais leniente (SANDEFUR, 2003, p. 28).

<sup>128</sup> Esse ato de vontades não pode ser considerado como um ato de disposição, pois, ainda que esteja presente o princípio da disponibilidade no contexto americano, tal não explicaria a existência dela na Europa, onde vige o princípio da obrigatoriedade, motivo pelo qual o órgão de acusação não negocia o poder de punir em momento algum (RODRÍGUEZ GARCÍA, 1997, p. 102).

<sup>129</sup> Compreensão exposta em Alemanha. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado. Na mesma linha, em âmbito português: “Ora não há dúvida de que o princípio da investigação ou da verdade material, sem prejuízo da estrutura acusatória do processo penal português, tem valor constitucional. Quer os fins do direito penal, quer os do processo penal, que são instrumentais daqueles, implicam que as sanções penais, as penas e as medidas de segurança, apenas sejam aplicadas aos verdadeiros agentes de crimes, pelo que a prossecução desses fins, isto é, a realização do direito penal e a própria existência do processo penal só são constitucionalmente legítimas se aquele princípio for respeitado. Desde logo o princípio de culpa, que deriva da própria dignidade da pessoa humana (artigo 1º da Constituição) e é implicado ou pressuposto por outros princípios constitucionais (com o do Estado de direito democrático – artigo 2º -, o direito à integridade moral – artigo 25º, nº 1 ou o direito à liberdade – artigo 27º) tem uma base ontológica: só quem verdadeiramente é culpado pode ser punido e nunca para lá da medida da sua verdadeira culpa. Também o princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança (artigo 18º, nº 2) implica que só são necessárias tais sanções quando aplicadas aos verdadeiros agentes de crimes, sendo contraproducentes se aplicadas a outras pessoas, por poderem motivar então à revolta, ao desespero, à vingança ou ao desprezo do direito e não contribuírem para a interiorização dos valores jurídicos que é o principal esteio

Tal raciocínio encontra amparo na lição de Alcalá-Zamora y Castillo,<sup>130</sup> que aduz que se trata de um processamento diferenciado, sempre com o fim de obtenção de uma sentença sobre o objeto principal do processo penal, pois é um “[...] procedimiento especial destinado directamente a la obtención de una sentencia de fondo acerca del objeto principal del proceso [...]”.

E, conforme já exposto, esse processamento diferenciado objetiva aplicar uma punição mais abrandada ao arguido.

Como consequência do que fora aqui exposto, não é possível dizer que a negociação de sentença criminal tenha a natureza jurídica de confissão, ainda que ambas possuam pontos de semelhança, como a renunciabilidade de um direito processual, o reconhecimento em favor da parte adversa e a limitação dos poderes de valoração judiciais.<sup>131</sup>

Isso porque a confissão está relacionada ao conhecimento e à aceitação quanto aos fatos, mas não necessariamente quanto às consequências jurídicas decorrentes. Doutra banda, na negociação da sentença criminal, a admissão da culpa não é essencial (como ocorre no *nolo contendere*), pelo que se caracteriza pela aceitação de determinadas respostas legais aos fatos imputados. Por fim, a negociação causa um resultado saneador às possíveis deficiências que possam ter acontecido em momento anterior ao acordo, já que sua aceitação fulmina as nulidades/irregularidades que poderiam ser deduzidas.<sup>132</sup>

Em suma, é um acordo voluntário acerca do exercício de direitos processuais e que determina o encurtamento do procedimento, na medida em que leva a uma sentença de forma mais acelerada (e que tende a ser mais benéfica ao acusado, que deixa de se utilizar de direitos como a instrução probatória, o contraditório, a confrontação de testemunhas, dentre outras).<sup>133</sup> Além da voluntariedade, devem estar presentes a inteligência/compreensão de seus termos,

---

da prevenção geral positiva (e igualmente da prevenção especial). Por outro lado, o princípio da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal (artigos 27º, nº 2, 32º, nº 4) justifica-se certamente de um modo essencial pelo fim da descoberta da verdade material, sem prejuízo de visar igualmente o respeito das garantias de defesa (artigo 32º). Finalmente, quando o artigo 202º, nº 1 atribui aos tribunais competência para administrar a justiça, esta referência em matéria penal tem que entender-se como significando a justiça material baseada na verdade dos factos, que é indisponível, não se admitindo a condenação do arguido perante provas que possam conduzir à sua inocência.” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo nº 363/01. Acórdão nº 137/02, documento não paginado).

<sup>130</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1962, p. 134-135, 147, 149.

<sup>131</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2000, p. 95-96.

<sup>132</sup> Tais como eventuais discussões sobre a licitude na obtenção da prova (CABEZUDO RODRÍGUEZ, 1996, p. 62-64).

<sup>133</sup> Como se pode extrair das lições de Rodríguez García (1997, p. 112). O mesmo autor ressalta que “[...] mediante este acto dispositivo ‘lo que era provisional, la acusación, pasa, por su voluntad, a ser definitivo’” (RODRÍGUEZ GARCÍA, 1997, p. 114).

um substrato fático e a efetiva assistência de um advogado/defensor para sua efetivação (em prol do direito de defesa).<sup>134,135</sup>

Dentro daquilo que se desenvolverá no presente estudo, a negociação de sentença criminal não surge, portanto, como uma forma de supressão de direitos defensivos.<sup>136</sup> Em verdade, ela surge como uma forma de exercício deles e de otimização do procedimento.

Sabidamente, há variações de sua aplicabilidade. Primeiramente, existe a negociação quanto à acusação a ser manejada (*charge bargaining* ou *charge concession*), pela qual se acorda sobre a classificação do delito, sobre o que se projeta na quantidade de pena a menor a ser imposta, sobre a não adoção de providências em alguma conduta no caso de concurso de crimes, ou na ocorrência conjunta delas. Em outro plano, apresenta-se a negociação quanto à sentença a ser aplicada (*sentence bargaining* ou *sentence concession*), pela qual há imediato arranjo acerca da sentença a ser implicada em troca da declaração da culpa – tipo de pena a ser aplicada, atenuantes a serem reconhecidas, medidas acessórias cabíveis, local onde a pena será cumprida. Também, ressalta-se a possibilidade de aplicação mista (concomitante) dos institutos. Por fim, e sem pretender exaurir as hipóteses, podem ser objeto de negociação as matérias relevantes para a qualificação da acusação, sua descrição, a prova a ser produzida, a forma de apresentação ao juízo.<sup>137,138</sup>

### **2.3.2 Uma primeira causa de legitimação da negociação de sentença criminal: a celeridade e o prazo razoável do processo**

Quando se registra a questão da dilação indevida do processo, deve-se considerar que ela afeta interesses de expressivo relevo. A ocorrência de julgamentos em lentidão prejudica os interesses do Estado, da vítima e da sociedade em geral, uma vez que a falta de repressão

<sup>134</sup> WAN, 2007, p. 36-37.

<sup>135</sup> Nos termos que estabelece a *Rule 11(b)(1)(2)(3)* da *Federal Rules of Criminal Procedure*.

<sup>136</sup> Como diz Lobo Moutinho (2000, p. 46 e 49), há *direitos de participação activa* e *direitos de participação passiva* dos arguidos. Como exemplo dos primeiros, cita o direito de presença do réu aos atos processuais, o direito dele de ser ouvido, o direito de audiência e o de requerer diligências probatórias; como exemplo dos segundos, arrola os direitos ao silêncio sobre os fatos imputados, à não punibilidade de suas falsas declarações, a ser assistido por defensor e à informação aos direitos que o assistem.

<sup>137</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 102-103.

<sup>138</sup> Sem se esquecer da ocorrência de aplicação condicionada (*contingent plea bargaining* – quando a negociação depende do implemento de alguma condição, como, por exemplo, as declarações surtirem efeito contra o corréu) ou de aplicação em conjunto (*package plea bargaining* – o acordo somente valerá se todos os réus aceitarem as condições impostas e confessarem) (ALBERGARIA, 2007, p. 23-24).

penal transmite a sensação de insegurança a toda a comunidade, além da ausência de proteção dos direitos individuais violados.<sup>139</sup>

A preocupação com o andamento processual sob esse prisma não é recente. A título de exemplo, as Ordenações Afonsinas, em seu Livro I, Título XIII, “2 Item”, estabelecia que os procuradores não fizessem “perlongas nos preitos”, bem como tais não poderiam ocorrer “maleciofamente”; no “4 Item” das mesmas referências, previam que os procuradores pudessem nomear duas ou três testemunhas, enquanto que a parte nomeasse as outras “na terra do dia”, pois, não as nomeando, “que entom lhas nom recebaõ mais” (uma espécie de preclusão<sup>140</sup>); por fim, no mesmo Livro, mas no Título XXVI, “30 Item”, “sem delonga farom cada dia Audiencia aos feitos dos prefos, e lhes darom livramento”.

Porém, não se pode analisar o andamento processual apenas sob o prisma estatal e coletivo. Há a necessidade de que seja ele visto sob a ótica daquele que enfrenta a acusação. Afinal, o processo penal vive o dilema entre a garantia dos direitos humanos e a eficiente repressão.<sup>141,142</sup>

Diz-se isso pelo fato de que a celeridade processual também é decorrência da presunção de inocência, porque o processo que tarda determina um sofrimento desnecessário ao arguido, pois compromete a vida pessoal e profissional dele, bem como sua liberdade e a própria paz social.<sup>143</sup> Não fosse tal suficiente, a estrutura judicial não está afastada da compreensão do custo existente para sua manutenção. Necessariamente, a solução das contendas em tempo útil serve para contemporizar estes dois extremos.<sup>144,145</sup>

<sup>139</sup> MADLENER, 2009, p. 645-646.

<sup>140</sup> ANDRADE, 2013, p. 325.

<sup>141</sup> Ilustrativamente: “Mas a celeridade do processo é necessária, tanto para que se produza a eficiente repressão, pois há que demonstrar ao delinquente e à sociedade que o Estado reage sem demora ao facto delituoso, bem como para salvaguardar os Direitos Humanos, pois tanto o culpado quanto o inocente têm o direito de ser liberados da situação de insegurança processual.” (MADLENER, 2009, p. 646).

<sup>142</sup> A título de exemplo, como já decidido no Brasil: “A duração prolongada da prisão cautelar afronta princípios constitucionais, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da presunção de inocência e da razoável duração do processo. A demora na instrução e julgamento de ação penal, desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável, constituindo inadmissível antecipação executória da sanção penal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas corpus* nº 86.915-SP, documento não paginado).

<sup>143</sup> MIRANDA; MEDEIROS, 2005, p. 357.

<sup>144</sup> VERDELHO, 2006, p. 231.

<sup>145</sup> Aliás, considerar uma forma de contemporização de tais interesses é muito mais relevante do que aceitar o que vem exposto, p. ex., em obra de Ambos (2008, p. 13-14), no sentido de haver uma compreensão de que a dilação deva ser considerada de tal maneira que se sustente, inclusive, a desnecessidade de punição, já que não haveria mais a possibilidade de compensação com uma decisão de mérito, pois a violação dos direitos fundamentais do arguido dentro do processo pode ser considerada superior à pena que possa ser imposta. Assim, aqui vale uma pergunta: porque não se considerar uma forma de tornar o processo mais ágil e eficiente, mas tolerar-se que o tempo venha a apagar uma determinada responsabilidade pela mera compreensão de que o processo é fonte de punição? Como resposta, comungamos com Chiavario (1995, p. 347): “Disse já, a início, algo mais sobre a minha clara discordância em relação a um sistema de ‘pura oportunidade da acção penal’. Mas,

Conclui-se que é percebida a extensão inadequada do processo penal de longa data, o que acaba por se transformar em principal motivação para a insatisfação pública no que pertine ao funcionamento do sistema penal como um todo.<sup>146</sup> Afinal, a ideia de prevenção geral depende, inexoravelmente, do tempo e da probabilidade de sua aplicação – sem se desconsiderar que a própria presunção de inocência resta maculada fortemente com a duração desnecessária dos processos penais, e ela demora anos para ser restaurada.<sup>147</sup>

O processo que se alonga no tempo traz prejuízos a todos os interessados em seu resultado. Ao arguido, porque a demora do processo afeta seus interesses na decisão que lhe aflige, bem como estará vinculado ao fato sem poder esquecê-lo, com incerteza sobre seu futuro e condicionamento de sua liberdade; à sociedade, porque esta clama por uma justiça em adequado prazo, que puna os responsáveis pelo crime e que seja credível.<sup>148</sup>

Dois fenômenos são verificados e se aproximam de tal mudança de concepção processual. O primeiro, diz com a *inflação legislativa*, que se reflete na sobrecarga típica de delitos e de suas respectivas sanções, o que diminui a potencialidade de eficiência das regras punitivas de cunho material, já que perde seu caráter intimidatório; o segundo, diz com o *congestionamento processual*, demonstrado no caráter negativo de prestação jurisdicional, consequência das novas demandas materiais, das dificuldades decorrentes das capacidades humanas e organizacionais dos agentes processuais, bem como das regras que determinam os procedimentos e seu prolongamento no tempo.<sup>149</sup>

Há de ser ressaltado que textos constitucionais consagram o direito a um julgamento rápido e público.

Veja-se que o artigo 8º, nº 1, da Convenção Americana dos Direitos Humanos estabelece que todos os indivíduos têm direito a serem ouvidos e julgados em prazo razoável.

A sexta emenda à Constituição dos Estados Unidos estabelece que a persecução criminal seja rápida e em julgamentos públicos. O objetivo é o de afastar a ocorrência de prisões prolongadas sem condenação, dadas as consequências que elas causam na vida pessoal

---

com a mesma franqueza, devo dizer que estou cada vez mais convicto da urgência do alargamento, por qualquer modo, do campo de operatividade legal de uma ‘desprocessualização’ que, todavia, não se resolva numa ‘despenalização’”.

<sup>146</sup> A título de exemplo: “Extrapola o limite do razoável o não julgamento de recurso de apelação interposto há quase dois anos e meio. Impõe-se rever o entendimento de que o excesso de prazo deve ser computado somente até a prolação da sentença, quando há a formação da culpa. Há de se impor, também, tempo razoável para o julgamento dos recursos, notadamente porque o CPP contém previsão expressa nesse sentido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas corpus* nº 99.425-SP, documento não paginado).

<sup>147</sup> FIGUEIREDO DIAS, 1983, p. 222.

<sup>148</sup> MARQUES DA SILVA, 2010, p. 95-96.

<sup>149</sup> FERNANDES, 2001, p. 96-101.

e social do arguido.<sup>150</sup> Tal previsão é estendida aos julgamentos dos Estados, por força da décima-quarta emenda.<sup>151</sup> Esta última emenda também reforça a garantia de igualdade na proteção pela lei.<sup>152</sup>

Pela doutrina americana, é chamado de direito ao *speedy criminal trial*, que se confronta com a extensão do atraso processual (aferida a partir do momento em que o processo teve início ou da prisão do acusado, conforme o que acontecer primeiro), com suas razões (em regra, vistas a partir do momento em que a acusação proporciona que tal aconteça, mas há a necessidade de ser observado se alguma vantagem injusta decorre disto), com se e como o acusado afirma tal direito (ou seja, se o acusado comporta-se processualmente de forma a garantir tal direito) e com qual prejuízo conviveu o acusado, a partir dos interesses a serem protegidos.<sup>153,154</sup>

Com a idêntica preocupação, aduz a doutrina que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos aceita recursos perante ele sem esgotamento das instâncias locais justamente para que seja possibilitada reclamação quanto a tal descumprimento, com a consideração de que os processos junto ao Tribunal citado serão desnecessários a partir da criação dos devidos recursos junto aos Estados que compõem a União.<sup>155</sup>

A jurisprudência do Tribunal Europeu enxerga a questão da duração do processo a partir da complexidade do caso e do comportamento das partes,<sup>156</sup> sendo que a carga de trabalho do órgão judicial, por si, não é causa de justificativa.<sup>157</sup> Na linha do que o Tribunal determina, devem os Estados dotarem os tribunais de recursos e meios suficientes para que os processos sejam levados a termo em período razoável.<sup>158</sup> Não serão considerados juízos

<sup>150</sup> Segundo Freedman (1989, p. 40) são exemplos os que decorrem da humilhação pública, da eminente privação de emprego, de associação, de manifestação, além de determinar que haja uma resolução célere que possa evitar um incorreto indiciamento.

<sup>151</sup> Segundo Fine (1987, p. 615-616), a Suprema Corte do Estado americano do Wisconsin já manifestou que a *plea bargaining* é um instrumento do rápido julgamento.

<sup>152</sup> FREEDMAN, 1989, p. 29.

<sup>153</sup> FREEDMAN, 1989, p. 19.

<sup>154</sup> LaFave e Israel (1992, p. 787-788) citam situações que podem afetar interesses que são comuns aos sujeitos processuais, como a possibilidade de óbito de testemunhas. E citam termos afirmados pelo Judiciário americano, que indicam que o retardo injustificado contribui para o aumento do volume processual, possibilita negociações entre os sujeitos que são mais lenientes em prol do acusado, possibilita a soltura de presos que deveriam permanecer encarcerados, dentre outros, sem desconsiderar as questões dos custos.

<sup>155</sup> AMBOS, 2008, p. 5.

<sup>156</sup> Importante apresentar que, no caso *Deweere v. Belgium*, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que o prazo razoável do processo penal tem início a partir do momento em que surge a persecução, o que pode se dar em etapa anterior ao oferecimento processual da acusação, como no caso de prisão prévia a tal marco (concepção material que supera a compreensão formal de acusação) (UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Court (Chamber). Case *Deweere v. Belgium* (application nº 6093/75), p. 18-19).

<sup>157</sup> AMBOS, 2008, p. 6.

<sup>158</sup> AMBOS, 2008, p. 8.

subjetivos, como a culpabilidade do arguido, mas sim as situações objetivas do processo em causa, como as imputáveis aos agentes estatais – seu tempo de atuação não é ilimitado.<sup>159</sup>

Indiscutivelmente, qualquer processo é afetado pela demora que venha nele a ser imposta, especialmente no que toca à qualidade de sua prova (seja pela dificuldade de memória das pessoas, seja pela dificuldade que se venha a causar nas perícias), mas também porque os sujeitos processuais necessitam a obtenção de uma decisão célere, sem contar as questões econômicas dos envolvidos e do Estado.<sup>160</sup>

Não é demais lembrar que, no que pertine ao acusado, este pode ser afetado pela demora processual porque se mostrará prejudicada sua prova; também porque ela afeta sua vida pessoal, sua imagem e sua reputação, dada sua estigmatização; e, caso preso, mais distante estará a possibilidade de concessão de sua liberdade.<sup>161</sup>

Além disto, a celeridade traz uma maior eficácia e eficiência da sanção penal imposta, já que isto é um interesse da sociedade, seja pela objetividade penal, seja pela prevenção, seja pela ratificação das regras jurídicas.<sup>162</sup> Sempre deve estar presente que a prevenção não depende da gravidade das penas, mas da probabilidade da punição e do tempo necessário para que ela se efetive.<sup>163</sup>

Tudo isso porque a celeridade também visa a impedir que os atrasos ocorram de forma a prejudicar a defesa.<sup>164</sup> Forma um direito de todos os indivíduos, e não pode ser quebrado pela sobrecarga de trabalho, porque há um interesse social na também célere resolução dos processos criminais, até para que também receba a resposta para as referidas infrações.<sup>165,166</sup>

Cabe dizer que o direito a julgamento em prazo razoável é uma corolário lógico e básico de normas de acesso aos tribunais, como se depreende, dentre outras, do artigo 6º, nº 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como do artigo 20º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa,<sup>167</sup> visto, aliás, sob dois prismas: um objetivo e um

---

<sup>159</sup> AMBOS, 2008, p. 10.

<sup>160</sup> PINTO, 2008, p. 18-19.

<sup>161</sup> PINTO, 2008, p. 20.

<sup>162</sup> PINTO, 2008, p. 22-23.

<sup>163</sup> PINTO, 2008, p. 23.

<sup>164</sup> Justificam o prolongamento do processo: atrasos que são consequência de outros procedimentos nos quais o réu esteja envolvido; atrasos que decorrem da ausência ou da indisponibilidade do acusado ou de alguma testemunha essencial; ou da existência de outro(s) réu(s) que não tenha(m), até aquele momento, decorrido seu(s) prazo(s) (FREEDMAN, 1989, p. 46).

<sup>165</sup> FREEDMAN, 1989, p. 43-44.

<sup>166</sup> Salienta Galain Palermo (2011, p. 254) que a demora injustificada na resposta estatal ao crime cometido também se caracteriza como implemento da impunidade e viola a pretensão de prevenção (*no repetición*) de condutas.

<sup>167</sup> CRUZ, 2013, p. 139.

subjetivo.<sup>168</sup> No plano objetivo, o respeito ao princípio e aos ditames da legalidade; no subjetivo, o respeito aos direitos fundamentais<sup>169</sup> e ao princípio pelas posições jurídicas dos particulares.<sup>170</sup>

A duração razoável do processo, no ordenamento jurídico brasileiro, consta no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal,<sup>171</sup> na medida em que são assegurados os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo, bem como sua duração razoável.<sup>172</sup> É uma consequência da regra do devido processo legal e do acesso à justiça, somada à necessidade de eficiência da administração pública.<sup>173</sup> A dilação de prazo deve ser considerada como uma exceção dentro do processo, já que demonstra desrespeito à liberdade individual e ao direito à resolução aos litígios.<sup>174,175</sup>

Compreende-se que o devido funcionamento do Poder Judiciário depende de inúmeros fatores, dentre eles aqueles que são consequências da relação entre o número de juízes e o número de processos, bem como os que se mostram a partir de um sistema processual rígido na definição dos procedimentos, com mínima variabilidade dentro dele.<sup>176</sup>

Em geral, o desrespeito a tais estabelecimentos decorre do exame da conduta das partes, do juiz, da complexidade da causa, das consequências do litígio, bem como os padrões médios reconhecidos para os procedimentos em questão, mas sempre com a prevalência do exame da eventual culpa imputável ao Estado e às partes envolvidas no processo.<sup>177</sup> Notadamente, deve ser ressaltado que o Estado não pode se abster de cumprir com referida obrigação, dado que o Estado deve organizar-se de maneira a que suas estruturas cumpram adequadamente o prazo razoável processualmente exigido.<sup>178</sup>

---

<sup>168</sup> CRUZ, 2013, p. 139.

<sup>169</sup> Constituição da República Portuguesa, artigo 18º, nº 1.

<sup>170</sup> Constituição da República Portuguesa, artigo 266º, nº 1.

<sup>171</sup> Também está presente no artigo 14, § 3º, letra 'c', do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas.

<sup>172</sup> “[...] A CRFB determina que ‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’ (CRFB, art. 5º, LXXVIII) [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas corpus* nº 91.408, documento não paginado).

<sup>173</sup> VALE, 2009, p. 252.

<sup>174</sup> VALE, 2009, p. 253.

<sup>175</sup> A duração razoável do processo decorre de uma atuação bifurcada, mas que se comunica: a primeira, vinda do Poder Legislativo, que não pode impedir a apreciação de lesões ou ameaças a um direito; a segunda, decorrente do Poder Judiciário, que sempre deve analisar as questões que são a ele postas (VALE, 2009, p. 254-255).

<sup>176</sup> Conforme lições de Vale (2009, p. 259), que indica a existência, no Brasil, de algumas providências administrativas que tentam agilizar o andamento processual, como a atividade jurisdicional ininterrupta, a distribuição imediata dos processos aos juízes e membros do Ministério Público e a adoção de merecimento para movimentação nas carreiras citadas a partir da presteza funcional.

<sup>177</sup> Pedraz Penalva (1997, p. 395-396), quando faz referências a entendimentos expostos na Espanha e no Tribunal Europeu.

<sup>178</sup> PEDRAZ PENALVA, 1997. p. 398.



À guisa de exemplo, houve a constatação de que a justiça portuguesa convive com uma morosidade que decorre de proteção excessiva em prol das partes que nele atuam, o que forçam prazos que não são necessários para a obtenção de seu resultado.<sup>179</sup> Como consequência, percebe-se a irreversibilidade de providências cautelarmente concedidas, com especial relevo de que a resolução do conflito de natureza principal não mais reverte a consequência inicialmente concedida ou decretada – a providência cautelar, assim, torna-se a consequência principal no mais das vezes.<sup>180</sup>

Como bem observa a doutrina, a celeridade, a produtividade e a eficácia guardam forte relação com a própria noção de justiça, pois dão maior adequação à decisão a ser proferida ao caso concreto, da mesma forma que atingem os interesses do próprio acusado, que busca fugir da privação indevida de seus direitos e da rotulação que pode ferir sua presunção de inocência.<sup>181</sup>

Necessário dizer que a celeridade processual apresenta-se em duas formas, quais sejam, na sua horizontalidade (formas de consenso) e na sua verticalidade (com a supressão de fases, a partir dos procedimentos possíveis), até como um imperativo de produção e de eficiência que são inerentes à própria justiça, dado que a descriminalização de condutas tem limitação social.<sup>182</sup>

No sistema de justiça criminal estabelecido pela negociação de sentença criminal e pelas formas de consenso em geral, as atenções deixam de ser as relacionadas com a formalidade processual e passam para as condições relativas às acomodações e trocas entre os agentes.<sup>183</sup> Nele, existem adequações realizadas pelos integrantes do processo, apesar de, formalmente, constarem eles como sujeitos opostos dentro do sistema. O primeiro efeito a ser percebido está na questão atinente ao volume de trabalho e na administração dos recursos disponíveis para suas atividades. Entretanto, não se limitam a estas as razões pelas quais se conclui pela vitalidade do instituto, na medida em que a organização da corte tem uma capacidade limitada para o conflito, o que dificulta a execução de seus trabalhos.<sup>184</sup>

O sistema processual criminal funciona como um *sistema hidráulico (hydraulic system)*, pelo qual o maior número de julgamentos diminui o número de persecuções, bem

---

<sup>179</sup> CRUZ, 2013, p. 129.

<sup>180</sup> CRUZ, 2013, p. 130.

<sup>181</sup> RODRIGUES, 1996, p. 526.

<sup>182</sup> RODRIGUES, 1998, p. 234.

<sup>183</sup> “To reduce the volume of trials, thereby mitigating the pernicious organizational consequences, it is necessary (a) to dispose of routine criminal matters by guilty plea, (b) to reduce the amount of criminal matter settled in the courts, or both [...]” (RHODES, 1978, p. 4).

<sup>184</sup> RHODES, 1978, p. 3-4.

como apresenta a constatação de que a condenação mediante consenso traz um maior juízo de certeza, ao contrário do que se passa na hipótese de julgamento.<sup>185</sup>

Assim, a efetivação da negociação acaba por tornar o processo mais célere naquele caso concreto, o que também acaba por refletir no andamento dos demais que são apresentados frente ao Poder Judiciário sem a necessidade de multiplicar-se o número de juízes e juizados.<sup>186</sup>

Não se olvide, igualmente, que a presença dos acordos, além de agilizar e economizar a marcha processual, proporcionam uma resposta mais célere a uma criminalidade violenta e a uma vítima que, com ele, se afasta da nova estigmatização, com maior probabilidade de reparação de seu dano.<sup>187</sup>

Por isso, pode-se dizer que a busca pelo consenso e pela cooperação veio com o objetivo de incentivar a interlocução entre as partes, com ativa participação delas nas decisões que acabam por afetá-las, conforme a dicotomia que lhes é inerente.<sup>188</sup> Assim, o juiz não se veste mais na função de realização de uma salvação processual, mas cumpre, também, uma função que se reflete na eficácia social.<sup>189</sup>

Importante considerar que a eficácia passa pelo equilíbrio entre as noções de *jurisdictio* (que é a função de dizer o direito e sua titularidade) e o chamado *imperium* (que está em fazer ser cumprida e respeitada a decisão), bem como a relação entre os indicadores sociais e econômicos dos serviços e seus destinatários.<sup>190</sup> Nesta linha, cabe dizer que o crescimento e a variabilidade das respostas a serem apresentadas pelo Poder Judiciário, as alternativas para tanto e a demonstração positiva das respostas disponibilizadas integram tal equilíbrio.<sup>191</sup>

Nos dias atuais, impossível desconsiderar-se a necessidade de forte equilíbrio entre os custos e os meios disponíveis para a resposta judicial, a fim de que, faticamente, haja reflexo social do produto final entregue, não de cada ato em si – os esforços cobrados da sociedade para organização e manutenção do sistema necessitam ser valorados e compreendidos.<sup>192</sup> Reitera-se que a utilidade e a qualidade das decisões judiciais estão fortemente vinculadas ao tempo de sua publicidade e o grau de sua utilidade no momento em que ela é prolatada.<sup>193</sup> A

---

<sup>185</sup> RHODES, 1978, p. 6.

<sup>186</sup> WAN, 2007, p. 54.

<sup>187</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 32.

<sup>188</sup> RODRIGUES, 1996, p. 530.

<sup>189</sup> RODRIGUES, 1996, p. 531.

<sup>190</sup> GASPAS, 2008, p. 19-20.

<sup>191</sup> GASPAS, 2008, p. 20.

<sup>192</sup> GASPAS, 2008, p. 21-22.

<sup>193</sup> GASPAS, 2008, p. 23.

qualidade deve ser evidenciada a partir da contribuição para a certeza e segurança das relações existentes, dada a coerência e estabilidade, além da jurisprudência e da previsibilidade das decisões – juntamente com a eficácia, com a qualidade e com a segurança, a celeridade compreende um fator relevante para a qualidade final do que é decidido pelo Poder Judiciário.<sup>194</sup>

A grande questão que há de ser apresentada é a compreensão de que há, sim, direitos dos acusados que não podem ser desprezados dentro do processo penal e, por consequência, devem sempre ser mantidos, independentemente de quanto interfiram na extensão processual; de outra banda, porém, há etapas e fases processuais que podem, nitidamente, serem suprimidas sem que isto represente qualquer sacrifício dos direitos indispensáveis.<sup>195</sup>

Lapidar a compreensão de que a instrução processual não é uma “lei natural”.<sup>196</sup> Instrução é o esclarecimento de um episódio ocorrido no mundo fático. Por tal razão, ela consiste em um direito do acusado que deve estar previsto dentro do processo penal, mas não necessariamente obrigatória, especificamente quando não existir oposição a ser assumida contra aquilo que o órgão acusador apresenta.<sup>197,198</sup>

São parâmetros para aferição do prazo razoável do processo o comportamento das autoridades nacionais, seja no que diz com a atuação judicial, seja no que diz com o exercício da atividade executiva e legislativa; mas, e principalmente, o comportamento das partes, que também podem colaborar para a ocorrência de lapsos temporais indevidos e inadequados na resolução do processo, inclusive no que tange à utilização dos instrumentos de defesa.<sup>199</sup>

Porém, há que se advertir que, apesar do benefício presente na agilização do processo, por vezes o tempo é inadvertidamente utilizado como forma de tática das partes durante a negociação, de maneira que a defesa o utilize para obtenção de mais benefícios via consenso.<sup>200</sup>

Existe uma visão distinta sobre o instituto da negociação de sentença criminal: enquanto o leigo visualiza sua ocorrência como uma permuta, uma espécie de

<sup>194</sup> GASPAR, 2008, p. 24.

<sup>195</sup> FIGUEIREDO DIAS, 1983, p. 224.

<sup>196</sup> FIGUEIREDO DIAS, 1983, p. 228.

<sup>197</sup> FIGUEIREDO DIAS, 1983, p. 228-229.

<sup>198</sup> Apenas com a ressalva de que deveria haver o respeito à busca pela verdade pelos órgãos oficiais, não nos termos da *plea bargaining* americana, dado que se deve respeitar o sistema continental europeu. Mas a instrução não é o único caso a ser relativizado (FIGUEIREDO DIAS, 1983, p. 234-236). Andrade (2013, p. 145-148) também cita entendimentos doutrinários que indicam que o próprio contraditório pode ser relativizado quando seu uso levar à frustração da tutela pretendida por uma das partes, citando expressamente os casos de negociação de sentença criminal (hipótese mais extrema de afastamento do contraditório, aduz), pois o ajuste de vontades resultará no próprio teor da acusação e será submetido à homologação judicial.

<sup>199</sup> CRUZ, 2013, p. 141.

<sup>200</sup> ROSSET; CRESSEY, 1976, p. 36.

comercialização e mercantilização do Poder Judiciário, as pessoas que atuam no campo jurídico visualizam sua prática como uma forma de realização mais rápida e eficaz do direito, a partir da compreensão de que o resultado que se obtém no acordo é o mais próximo daquilo que seria atingido ao final do julgamento, pois os operadores do direito formam uma comunidade que analisa os fatos com uma compreensão técnica comum,<sup>201</sup> pelo que podem agir em prol da celeridade processual.

Haverá, assim, contributo à credibilidade maior das instâncias formais de justiça,<sup>202</sup> com reforço de sua função simbólica, bem como uma forma de respeito ao próprio arguido, que, ao concordar com os efeitos da sanção, não merece a incerteza quanto à sua aplicação, já que a prova dos fatos não necessita maior delonga.<sup>203</sup> Como o objetivo da atividade jurisdicional é a resolução do conflito que se apresenta, o consenso vai em prol de tal resolução, pelo que as leis maiores estatais não podem servir de obstáculo para sua aplicação. Estimula a eficácia da justiça penal, a prevenção da criminalidade, a redução dos estigmas da submissão ao julgamento convencional.<sup>204</sup>

Cumprir observar, também, que a relação entre a celeridade e a eficiência considera as possibilidades condenatórias, as consequências atinentes à privacidade, à realização de atividades técnicas específicas e, principalmente, a segurança das testemunhas com o seguimento do processo.<sup>205</sup>

Há de ser observado que a celeridade processual não deve ser analisada apenas sob a ótica de arguidos presos, mas também na condição dos soltos, já que o processo, além de seus estigmas, ocasiona a atuação forçada do Estado sobre as liberdades individuais no que diz com o exercício da propriedade, da privacidade, dos sigilos, pelo que mesmo os não recolhidos ao cárcere merecem a resposta em tempo oportuno.<sup>206</sup>

Cabe ser considerado, igualmente, que o direito em questão não é de caráter ilimitado, dado que deve estar adequado à boa administração da justiça (o que também se revela em prol do acusado), razão pela qual, além da devida regulamentação legislativa, exige-se um comportamento processual adequado do juiz e dos sujeitos processuais, inclusive com a apreciação da proporcionalidade.<sup>207</sup> Assim, compete ao Estado fornecer meios materiais e

---

<sup>201</sup> MCCOY, 1993, p. 75.

<sup>202</sup> TORRÃO, 2000, p. 235.

<sup>203</sup> RODRIGUES, 1998, p. 236-237.

<sup>204</sup> Entendimento que se extrai do voto do Conselheiro Messias Bento (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo nº 302/86. Acórdão nº 7/87, p. 504(22)).

<sup>205</sup> CASSIDY, 2011, p. 10.

<sup>206</sup> VALE, 2009, p. 266.

<sup>207</sup> PEDRAZ PENALVA, 1997, p. 399-400.

personais para sua realização, no que se inclui a questão legal que contemple tal exigência, por certo.<sup>208</sup>

Segundo a Suprema Corte americana, três são os principais interesses protegidos com o *speedy trial*: a evitação da uma prolongada detenção do arguido durante o curso do processo; a minimização das perdas relativas à sua honorabilidade, frustrações, riscos pessoais e patrimoniais como a prisão e busca e apreensão, desgastes psicológicos inerentes ao processo criminal; e a potencialização da consideração de justiça ao final de cada processo.<sup>209</sup> A proteção em pauta não surge após o indiciado ter se tornado arguido, mas surge, justamente, porque é ele arguido, motivo pelo qual o julgamento deve ser o mais célere possível após o oferecimento da acusação.<sup>210</sup> Em conclusão, deve ser ele protegido, bem como deve ser protegido o interesse do arguido em não ser submetido a um julgamento vexatório e opressivo.<sup>211</sup>

Note-se que a Constituição da República Portuguesa prevê o direito ao prazo razoável no artigo 20, nº 4, enquanto que, no nº 5, estabelece a celeridade e a prioridade como formas de obtenção da tutela efetiva e em tempo útil. Tal deve ser uma preocupação de todos que atuam nesse longo processo, inclusive o legislador. É inviável o aumento desmesurado de integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público. Devem existir cautelas para que seus integrantes dediquem-se em maior profusão aos andamentos dos processos e suas específicas tarefas, da mesma forma que deve ser oportunizada a celeridade no andamento processual, de forma a simplificá-lo.<sup>212</sup>

E, assim, procurar-se um equilíbrio no sistema.

É importante aqui apresentar a constatação de que o Brasil, por exemplo, possui prazos processuais mais enxutos do que os previstos na Alemanha; porém, o prazo médio de duração dos processos no último é menor do que no primeiro, especialmente porque existem variadas formas de conclusão e de abreviação do processo, o que diminui a carga apresentada ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.<sup>213</sup>

A possibilidade de opção por um juízo mais enxuto deve ser proporcionada pelo sistema jurídico com o intuito de alcançar ao acusado uma maneira diversificada de obtenção de um juízo mais próximo da justiça no caso concreto, cercado de liberdade e de

<sup>208</sup> PEDRAZ PENALVA, 1997, p. 401.

<sup>209</sup> Como se depreende da leitura de Amar (1997, p. 89, 96).

<sup>210</sup> “[...] All this helps confirm our logical inference that the speedy trial clause protects a person not merely after he has become ‘accused’, but because he has become ‘accused’ [...]” (AMAR, 1997, p. 103).

<sup>211</sup> Na linha exposta por Amar (1997, p. 104-105).

<sup>212</sup> MADLENER, 2009, p. 646-647.

<sup>213</sup> MADLENER, 2009, p. 668.

informação;<sup>214</sup> de manter a qualidade da prova a ser coletada, que será tanto melhor quanto mais próxima do fato puder ser produzida; e de obter uma melhor administração da justiça criminal.<sup>215</sup>

De igual banda, lembre-se que os processos penais são orientados, dentro da democracia dos Estados, como uma forma de obtenção tanto de segurança como de confiabilidade das estruturas jurídicas, o que deve ser conseguido com a maior eficácia e efetividade possível – até mesmo para consecução de uma pena mais justa.<sup>216</sup>

Aliás, como bem ponderado pelo BVerfG<sup>217</sup> (Tribunal Constitucional alemão), as atuações acusatórias e defensivas, com distribuição específica de funções e interesses, podem obter a produção do resultado de forma consensual, respeitados os preceitos de legalidade e constitucionalidade. O que importa é que haja a efetiva produção daquilo que a justiça e o Judiciário necessitam, pois o prazo razoável do processo (sem desdobramentos desnecessários) também coincide com a ideia de procedimento justo, tanto no que tange à produção da prova, como no que tange com a própria resposta e consequência.

Consequentemente necessita-se da adoção de critérios processuais que diminuam o espaço temporal entre o fato típico praticado e a resposta estatal a seu respeito. Isto implica em um verdadeiro processo simplificado, com uma dinamização da compreensão da legalidade, especialmente para que proteja o objetivo de prevenção, em qualquer de suas vertentes. Sabido é que a prevenção não se dá tanto pelo *quantum* de pena, mas pela certeza de sua efetivação – importa ser ressaltado que o alongamento do processo fere até a própria presunção de inocência, pois cria o estigma ao acusado sem julgamento.<sup>218</sup>

E nada mais adequado que essa simplificação decorra de um ato voluntário de concordância com a acusação daquele que mais sofre com a persecução: o arguido.

### **2.3.3 Uma segunda causa de legitimação da negociação de sentença criminal: a autonomia individual do arguido e o não exercício dos direitos processuais**

O devido processo legal já vem previsto desde os tempos da Magna Carta de 1215, dentro da noção de que deve ser realizado o processo conforme os ditames formalmente

<sup>214</sup> Na mesma linha apresentada por Frummer (2013, p. 22, 25-26).

<sup>215</sup> Como se extrai das lições de Roxin (2003, p. 117).

<sup>216</sup> É o caso, p. ex., do princípio da tutela judicial efetiva, que exige o favorecimento da marcha processual, já que também há direito fundamental dos cidadãos na celeridade e economia processuais (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 37-39).

<sup>217</sup> ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado.

<sup>218</sup> FERNANDES, 2001, p. 101-102.

estabelecidos para privação de direitos individuais, pois estes últimos são protegidos conforme as normas gerais que regem a sociedade.<sup>219</sup>

É o processo o local onde se faz o equilíbrio e a cooperação entre as atividades do Estado e aquela executada pelos demais sujeitos, já que é nele que se pode buscar a concretude de um direito – pelo que é incorreto privilegiar uma parte somente, sob pena de prejudicar a relação processual em detrimento da parte adversa,<sup>220</sup> salvo se para equilibrar alguma possível desigualdade existente.<sup>221</sup>

A igualdade de proteção perante a lei demonstra que as leis devem ser aplicadas de forma igualitária sobre as pessoas (*all men are equal before the law*), bem como o governo é pautado pela lei, não pelo interesse pessoal (*this is government of laws and not of men*) e que não há quem esteja acima da lei (*no man is above the law*).<sup>222</sup>

Imperioso observar que os princípios possuem uma função de ordenação e organização do próprio conjunto jurídico, da mesma forma como balizam a compreensão e a aproximação deste mesmo conjunto, mormente porque não possuem concretude, o que legitima posicionamentos daqueles que labutam na atuação jurídica.<sup>223</sup>

O instituto jurídico aqui estudado compreende uma espécie de apresentação do culpado às autoridades, na medida em que o arguido se acusa ou, no mínimo, ratifica a acusação contra si apresentada, e dispõe-se a cumprir com os consectários disto decorrentes, em troca das concessões que a legislação autoriza.<sup>224</sup>

O que se quer demonstrar é que a capacidade do arguido em apresentar sua concordância com o processo não é diferente de sua capacidade de praticar qualquer ato processual, devidamente acompanhada de uma defesa técnica, como sói acontecer em qualquer hipótese.<sup>225</sup>

Em síntese, há a necessidade de se analisar se, além da adequação simplista dos termos legais aos constitucionais e principiológicos, há uma adequação ao sistema complexo projetado por eles, de modo a verificar uma nova relação entre aqueles sujeitos e intervenientes que atuam no processo penal em geral – tudo dentro dos limites estabelecidos pelo princípio da legalidade.<sup>226</sup>

---

<sup>219</sup> FREEDMAN, 1989, p. 32.

<sup>220</sup> FERNANDES, 2012, p. 54.

<sup>221</sup> FERNANDES, 2012, p. 56.

<sup>222</sup> FREEDMAN, 1989, p. 29-30.

<sup>223</sup> VALE, 2009, p. 33.

<sup>224</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1962, p. 134-135.

<sup>225</sup> BUTRÓN BALIÑA, 1998, p. 183.

<sup>226</sup> FERNANDES, 2001, p. 275.

Nos acordos quanto à sentença criminal, os resultados que caberão ao órgão acusador e à defesa decorrem daquilo que optam, já que deixam de exercer direitos que lhes são inerentes no âmbito processual, sempre com o desiderato final de alcançar um resultado de cunho satisfatório para seus interesses.<sup>227</sup>

É possível apontar reflexos suscitados pelos críticos.

A primeira afetação guarda relação com o direito ao julgamento (*right to trial*), forma convencional de declarar-se a efetiva culpa, caso existente, com o firme propósito de evitação de abusos.<sup>228</sup> Consequentemente, ao direito a manter-se em silêncio (*right to remain silent*) e do direito de presunção de inocência (*presumption of innocence*).<sup>229</sup>

Também é referido o direito ao tratamento igualitário (*right to equal treatment*). Na falta de critérios estabelecidos para os descontos a serem apresentados, pode haver uma forte discrepância em sua aplicação, variando de juiz para juiz, região para região e mesmo entre acusados, seja pelo mesmo fato, seja por aceitar o acordo em momentos diferentes do mesmo processo.<sup>230</sup>

Os críticos entendem que tais direitos não são tidos como de cunho meramente individual, pois servem para proteção da liberdade, bem como para garantir a própria existência do devido processo na seara criminal. Sua recusa não poderia motivar uma causa de penalização a maior contra os que preferem a utilização do direito ao julgamento por um tribunal.<sup>231</sup>

É certo que, quando são imputadas práticas criminosas a um indivíduo, devem ser concedidos direitos e garantias processuais que confirmem ao acusado a possibilidade suficiente de se defender perante os órgãos estatais responsáveis pela persecução e pelo julgamento – afinal, no processo penal, refletem-se os verdadeiros interesses de uma comunidade, representados que são por todos os sujeitos que nele atuam.<sup>232</sup>

De outra banda, não se pode desconsiderar que os acusados, quando se encontram processados, objetivam proteger sua situação da melhor forma que lhes aprouver, e, assim, consideram refutar questões teóricas e principiológicas que podem, apesar de sua relevância intelectual e acadêmica, redundar em prejuízo maior no caso de condenação.<sup>233</sup> Tudo porque o

<sup>227</sup> Rapoza (2013, p. 212) refere que tais concessões justificam o entendimento, pela Suprema Corte americana, de que não se trata de um instituto inconstitucional.

<sup>228</sup> RAUXLOH, 2012, p. 48.

<sup>229</sup> RAUXLOH, 2012, p. 48-49.

<sup>230</sup> RAUXLOH, 2012, p. 49.

<sup>231</sup> WAN, 2007, p. 50.

<sup>232</sup> TORRÃO, 2000, p. 58, 69-70.

<sup>233</sup> Não nesses termos, mas em tal linha, Rapoza (2013, p. 217).



indivíduo é dotado de objetivos de vida e, para tanto, faz deles parte o exercício consciente de autonomia a ele concedida.<sup>234</sup>

Afinal, o instituto pressupõe a existência de dois requisitos essenciais: a confissão e a disponibilidade ao direito de ser julgado.<sup>235</sup>

Antes de qualquer ponderação outra, há de ser ressaltado que os ordenamentos jurídicos ocidentais conferem aos indivíduos a possibilidade de se defender dos ataques contra si praticados, com todos os direitos que são previstos, bem como possibilita que haja a apresentação de uma vontade que adira ao que fora apresentado pela acusação.<sup>236,237</sup>

Mas sempre com a compreensão de que se tratam de direitos – o dever compete ao Estado, na medida em que seu titular queira deles fazer uso.

A disposição dos direitos fundamentais protegidos ganha legitimação a partir do respeito à autonomia da vontade do acusado, que busca participar do objetivo ressocializador que a negociação possibilita.<sup>238,239</sup> Aqui, está-se diante da situação em que o sujeito é titular prévio de uma determinada posição jurídica estabelecida por norma expressada em direito fundamental e, com seu não exercício, confere um fortalecimento do Estado naquela relação que surge, já que este terá ampliado seu espectro de atuação com isto.<sup>240,241</sup>

Especificamente, está-se diante da situação de não exercício de direitos de cunho fundamental, em prol do arguido, estabelecidos dentro da relação processual penal. E, no caso, trata-se de analisar a possibilidade de que isto aconteça dentro do processo.

<sup>234</sup> SOUSA MENDES, 2013, p. 82.

<sup>235</sup> Sacks (2011, p. 32), que também afirma: “Plea bargaining is the ‘middle point’ of case processing, between pretrial status and adjudication of guilty and (in 97% of cases) sentencing.” Há de ser observado que uma causa importante para sua aceitação é o interesse do acusado em não mais permanecer em detenção anterior ao julgamento, quer pela privação de liberdade, quer pela questão que envolve os custos do encarceramento (com certa ênfase nos momentos de pré-indiciamento, seja para sair logo de eventual prisão, seja para já obter tempo de serviço e benefícios relativos ao cumprimento de pena, seja para finalizar o processo o mais rapidamente possível) (SACKS, 2011, p. 84, 109-110). Ainda, tal compreensão já vinha exposta em Alcalá-Zamora y Castillo (1962, p. 129-130), que sustentava haver uma renúncia ao direito de defesa – réplica da acusação, ou seja, aos atos posteriores em juízo que possibilitariam sua manifestação, de seu defensor ou de produção de prova em favor seu. Também conforme o último autor indicado, a confissão está inserida dentro da renunciabilidade de direitos processuais, com reconhecimento do que vem apresentado pela parte adversa (tanto fáticas quanto jurídicas), e tal declaração tem o condão de limitar os poderes de apreciação e julgamento, em *negocios jurídicos procesales* (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1962, p. 117-118).

<sup>236</sup> TORRÃO, 2000, p. 69-70.

<sup>237</sup> Basta citar a colaboração processual do sistema brasileiro.

<sup>238</sup> TORRÃO, 2000, p. 75.

<sup>239</sup> Qualquer acusado pode renunciar direitos fundamentais processuais, desde que o faça de maneira voluntária e com a compreensão de que tal situação está a acontecer, especialmente porque não mais serão exercidos direitos de julgamento pelo Tribunal, de confrontar e examinar as testemunhas, de manter o direito contra a *self-incrimination* e de recorrer da decisão lançada (ESTADOS UNIDOS. Court of Appeal for the Third Circuit. United States of America v. Craig A. Grimes, n. 12-4523, p. 1-13)

<sup>240</sup> NOVAIS, 2006, p. 215.

<sup>241</sup> Há a uma corrente que define não como renúncia, mas como “disposição individual acerca de posições de direitos fundamentais” (NOVAIS, 2006, p. 215).

Primeiramente, há de ser dito que a renúncia compreende a não invocação do direito (pretensões, faculdades e poderes) fundamental frente ao Estado, de forma temporária ou pontualmente, sendo que a renúncia voluntária fortalece o interesse estatal, ainda que não haja obtenção de vantagem, mas que busca um resultado objetivado.<sup>242,243</sup> Como assevera a doutrina, o não exercício de um direito fundamental encontra amparo, desde que represente compatibilidade com as necessidades daquilo a que, voluntariamente, se adere.<sup>244,245</sup>

É importante considerar que tanto a renúncia como o não exercício de um direito fundamental encontram pontos de coincidência. Para ambos,<sup>246</sup> há a aquiescência do titular do direito em ver-se enfraquecido em sua posição jurídica frente ao Estado e seus órgãos; na renúncia, porém, há a promessa de não haver invocação do direito fundamental por tempo determinado<sup>247</sup> (como no caso do jornalista que assume o compromisso de veicular somente posicionamentos favoráveis ao jornal que o contratou), enquanto que, no não exercício, se está diante de uma situação em que o direito em si é satisfeito pela omissão ou não utilização dele, sem qualquer vinculação com outra parte, conforme sua esfera de liberdade.<sup>248</sup>

Compete ser definido que a titularidade de um direito ou das posições que o envolvem confere ao sujeito os poderes de disponibilidade acerca do momento de seu exercício, bem como se, de fato, será exercido, como uma consequência indelével da dignidade da pessoa humana<sup>249</sup> e as agregadas autonomia e autodeterminação do ser humano – e tal inclui a possibilidade de vir a enfraquecer o seu exercício para obtenção de um determinado benefício

<sup>242</sup> NOVAIS, 2006, p. 221.

<sup>243</sup> Ou, como parte da doutrina ensina, a renúncia consiste em uma mecanismo jurídico que se traduz na vontade expressa ou tácita da pessoa, vontade esta consistente na privação de alguma prerrogativa, em que pese poder proteger-se com ela (FRUMMER, 2013, p. 14-15).

<sup>244</sup> NOVAIS, 2006, p. 227.

<sup>245</sup> Remanesce a titularidade do direito fundamental, pelo que pode continuar a exercê-lo na medida em que não confrontar com a posição anteriormente renunciada. Da mesma forma, pode recuperar a plenitude do exercício, ao revogar a manifestação antes exarada (NOVAIS, 2006, p. 230-231).

<sup>246</sup> MENDES, 2006, p. 123-124.

<sup>247</sup> Como não há possibilidade de disposição definitiva e irrevogável do direito, será a manifestação de vontade sempre temporária e revogável (VILLAYERDE MENÉNDEZ, 2013, p. 92-93). De ser considerado que, em regra, os direitos fundamentais não são renunciáveis. Porém, tal não é uma regra absoluta: por exemplo, se determinado direito é concedido a um grupo de pessoas (portugueses, p.ex.), e o indivíduo abre mão de sua nacionalidade portuguesa, estará ele renunciando, definitivamente, ao referido direito - exemplo adaptado da hipótese apresentada por Villaverde Menéndez (2013, p. 108).

<sup>248</sup> Como pontua Mendes (2006, p. 125-126), a liberdade não surge para atingimento de fins públicos ou estatais, mas unicamente caracteriza-se como liberdade, sob pena de que a irrenunciabilidade (e pode-se dizer o não-exercício) dos direitos fundamentais afetaria qualquer capacidade de determinação do indivíduo e, por conseguinte, consistiria ela em um forte atentado ao conceito de dignidade do ser humano.

<sup>249</sup> Não se pode perder a compreensão de que o processo criminal invade a esfera privada dos indivíduos, a partir do poder estatal sobre uma vontade individual que se destina a não concordar com tal invasão. Referida invasão é feita com considerável alcance e tem o interesse de buscar a verdade que justifica a atribuição de culpa e a imposição de pena. Na medida em que a dignidade da pessoa humana é reconhecida pelo ordenamento jurídico, o Estado está privado de interferir nos núcleos essenciais da esfera privada individual, e está no próprio processo criminal um importante grau de medição do respeito à autonomia individual (WEIGEND; GHANAYIM, 2011, p. 199).

(para tanto, exige-se que decorra do exercício de seu direito de forma livre e voluntária).<sup>250</sup> O poder de dispor sobre os direitos fundamentais, pois, é inerente ao próprio exercício deles.<sup>251</sup>

No processo penal, tanto o acusador como o defensor consideram a possibilidade de condenação em juízo, a probabilidade de sentença a ser recebida (registros judiciais do acusado, severidade do crime, dentre outras), a adequação da pena como forma de retribuição ao fato praticado e a própria relação entre os dois sujeitos como relevantes para a realização do acordo.<sup>252</sup>

Há de ser considerado que o acordo quanto à sentença criminal deve acontecer de forma voluntária<sup>253</sup> e com consciência da disposição de direitos processuais previstos em lei e na Constituição, pelo que não pode ocorrer de forma injusta ou composta por abusos.<sup>254</sup> De igual sorte, deve ser confirmado com a certeza de que o acusado também compreende a punição imposta.<sup>255,256</sup> Faltantes tais situações, não pode o acordo ser convalidado pelo juízo.<sup>257</sup>

É incabível qualquer comparação entre a negociação da sentença criminal e a coação (perda da vontade) imposta por um assaltante para sua vítima, p. ex.. Como bem especifica a doutrina,<sup>258</sup> os acordos ocorrem porque há um ordenamento legal que o ampara, ao contrário da atuação do criminoso, pois atenta contra a ordem jurídica. A lei se preocupa com a repercussão e com a estabilidade social. Ademais, sempre existe a possibilidade de que instituições públicas lancem restrições aos indivíduos particulares, bem como os próprios indivíduos podem lançar para eles mesmos, como no caso de restrições religiosas.

---

<sup>250</sup> NOVAIS, 2006, p. 235.

<sup>251</sup> Novais (2006, p. 235), ocasião em que, inclusive, define como um princípio típico dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2006, p. 239). Para a Corte Constitucional alemã, a dignidade da pessoa humana está em considerar que a pessoa deve ser vista como um sujeito, não um simples objeto do processo, pelo que ela é violada quando o Estado falha em conceder ao indivíduo o respeito inerente aos valores estabelecidos a qualquer ser humano. Consiste, portanto, no direito à pessoa de estabelecer sua autodeterminação e de ser visto em igualdade com os demais membros da sociedade (WEIGEND; GHANAYIM, 2011, p. 200-201).

<sup>252</sup> RHODES, 1978, p. 7.

<sup>253</sup> Aqui, enquadram-se questões relativas à idade do arguido, sua inteligência, a compreensão da língua utilizada, seu estado mental quando do fato e de sua presença em juízo, eventual influência de álcool e entorpecentes, eventual presença em instituições psiquiátricas, dentre outras (CABEZUDO RODRÍGUEZ, 1996, 141-142).

<sup>254</sup> DOUGLAS, 1988, p. 268-269.

<sup>255</sup> RAPOZA, 2013, p. 216.

<sup>256</sup> Compreende, dentre outras, os limites mínimos e máximos das penas impostas, a possibilidade de livramento condicional e seus requisitos, a necessidade de respeito às diretrizes legais que envolvem a aplicação da pena – como a reincidência – e a eventual necessidade de reparação do dano da vítima (CABEZUDO RODRÍGUEZ, 1996, p. 122-123).

<sup>257</sup> Rapoza (2013, p. 214), que explicita que: “[...] a assunção de culpa do arguido é feita de forma voluntária, consciente e informada e que conhece as consequências da plea [...]”, dado que ao assumir os fatos são verdadeiros, assume a culpa igualmente, no caso americano.

<sup>258</sup> PHILIPS, 1981-1982, p. 208-210.

Igualmente, deve-se considerar que a involuntariedade existirá quando não houver qualquer possibilidade de escolha por parte de quem tem de agir e/ou omitir, pois os fenômenos acontecerão de qualquer forma, como nos casos de convulsões, processo digestivo, dentre outros. Da mesma forma como ocorrem em situações nas quais a pessoa encontra-se completamente fora do domínio de qualquer escolha, como no caso das compulsões psicológicas irresistíveis, em que há incapacidade de compreensão de significado, implicações e alternativas para a conduta, porque se está fora do domínio racional de escolha. Por último, também quando o indivíduo tem a devida compreensão da escolha; porém, há uma força externa que impõe uma resposta, como no caso da coação imposta entre a vida e o dinheiro, por exemplo, em que há imposição de uma alternativa desagradável como forma de evitação de uma outra infinitamente mais gravosa, o que torna a escolha involuntária.<sup>259</sup>

Nas negociações, são concedidas escolhas que não afrontam a voluntariedade do acusado, seja por haver amparo legal para tanto, seja por haver uma escolha por algo que pode beneficiá-lo. Ainda, porque a questão da voluntariedade não pode ser vista apenas pela representação daquilo que se escolhe a favor ou contra a sua vontade, pois também depende do resultado final a ser concretizado em cada opção.<sup>260</sup>

As liberdades básicas não podem ser violadas para apresentação da culpa perante o Poder Judiciário, pois o Estado deve garantir a efetivação delas, com a proteção contra a *self-incrimination*, na linha do que estabelece a Constituição americana. Porém, a *guilty plea* implica em uma *self-incrimination*, mas ela não acontece porque o acusado foi forçado a produzi-la contra si (o acusado busca, sempre, os efeitos mais benéficos em seu julgamento, inclusive o de obter a menor punição possível). Somente se for o acusado impelido, forçado, a assumir a responsabilidade é que haveria a violação constitucional.<sup>261</sup>

O termo *bargaining* acaba por ser indevidamente utilizado na definição, visto que não se trata de questão que se resolve com a comercialização de algo. É evidente que há o não exercício do direito de ser julgado em um procedimento ordinário. Porém, a fixação de um resultado torna-se consequência de negociação que envolve profissionais da área de atuação, sem a previsão de que uma sentença seja “comprada” ao final. Em suma, ela existe para que haja uma resolução dos fatos apresentados para julgamento, a partir da discussão que envolve o exame dos fatos e a lei aplicável ao caso.<sup>262</sup>

<sup>259</sup> PHILIPS, 1981-1982, p. 220-221.

<sup>260</sup> PHILIPS, 1981-1982, p. 222-223.

<sup>261</sup> KIPNIS, 1979, p. 561-562.

<sup>262</sup> MCCOY, 1993, p. 50-51.

Relevante observar que, no caso americano, a sexta emenda prevê que é direito do acusado ser julgado por um júri. Porém, referido direito não é inalienável.<sup>263</sup> Isto porque o direito ao julgamento não constitui um direito natural, como o direito à vida e à liberdade, mas configura um direito civil, pelo que não pode o acusado ser forçado a exercer um direito que ele entende desnecessário para a defesa de seus interesses no processo.<sup>264</sup> Eventual abuso no exercício da negociação pode e deve ser impedido, mas não é o abuso que macula o instituto, e sim o contrário. Afinal, para obtenção de uma punição mais branda, a desafetação de determinados direitos é uma consequência que não se mostra desarrazoada.<sup>265</sup>

Cabe deixar bem exposto que sempre há alternativa aos termos do acordo, qual seja, o julgamento. O acusado jamais estará atrelado à vontade do agente responsável pela acusação, pois sempre resta tal alternativa – ela pode ser exercida sempre que o acusado assim desejar, já que o Poder Judiciário deve estar sempre presente para cumprir com seu dever dentro da estrutura da tripartição dos poderes.<sup>266</sup>

Assim, a divulgação de informações torna devidamente conhecidos e compreendidos os direitos processuais a serem renunciados pelo acusado no momento do acordo, o que traz, como forte consequência, o devido respeito e fortalecimento do sistema criminal de justiça.<sup>267</sup>

Aliás, é a própria divulgação que fará com que haja proporcionalidade suficiente<sup>268</sup> a justificar o não exercício dos direitos em pauta, já que o que se objetiva com o acordo é o equilíbrio no processo penal, refletido na sentença final a ser aplicada, como forma de ser ratificada a noção pregada em um Estado de Direito.<sup>269</sup> Vale a compreensão de que o que se pretende é confirmar que a dignidade humana,<sup>270</sup> a responsabilidade e a culpa estão vinculadas à liberdade do homem, voltada para uma decisão embasada na razão, porque ela é voltada para a autodeterminação responsável.<sup>271</sup>

As restrições aos direitos fundamentais são justificadas quando for idônea para o alcance do fim objetivado; quando houver adequação qualitativa (a medida é suficientemente

<sup>263</sup> SANDEFUR, 2003, p. 28-29.

<sup>264</sup> Na linha do que já foi definido pela Suprema Corte americana, no ano de 1979, que considerou que o público não tinha um direito obrigatório ao julgamento que ultrapassasse os interesses das partes em litígio (SANDEFUR, 2003, p. 29).

<sup>265</sup> SANDEFUR, 2003, p. 31.

<sup>266</sup> ZACHARIAS, 1998, p. 1187-1188.

<sup>267</sup> YAROSHEFSKY, 2008, p. 33.

<sup>268</sup> É possível indicar a presença da proporcionalidade no sistema constitucional português conforme a análise dos artigos 18º, nº 2; 266º, nº 2; e 272, nº 2, da Constituição da República Portuguesa. Para Novais (2006, p. 270), a medida da disponibilidade dependerá da natureza do bem tutelado, das circunstâncias específicas daquele caso, e do equilíbrio entre as razões e os interesses conflitados.

<sup>269</sup> FERNANDES, 2012, p. 60.

<sup>270</sup> Novamente Novais (2006, p. 274), ao dizer que a dignidade humana se confirma com o poder de autodeterminação individual e da possibilidade de conformar sua vida, e não é estabelecida de forma prévia.

<sup>271</sup> KAUFMANN, 2010, p. 352, 356.

hábil para a tal alcance), adequação quantitativa (intensidade condizente com a finalidade) e adequação subjetiva (dirigida a um indivíduo em condições de exigí-la); e necessidade, ou seja, ser um meio condizente, dentre as alternativas apresentadas e possíveis, para o alcance daquele objetivo, de forma menos gravosa ao acusado, já que não é correto exigir-se restrição maior para ter-se o mesmo resultado – além, claro, da noção de que se deve estabelecer qual o princípio a ser protegido no conflito.<sup>272</sup>

Ou, como doutrina Alexy,<sup>273</sup> a proporcionalidade em amplo sentido – que inclui a noção de necessidade, de proporcionalidade em sentido estrito e de adequação – é consectário lógico da aceitação de um sistema de princípios. Para o autor, a proporcionalidade em sentido estrito encontra-se vinculada às possibilidades jurídicas, enquanto que as demais estão atreladas às possibilidades fáticas.<sup>274</sup> E apresenta que a forma fundamentada de apreciação dos princípios demonstrará a racionalidade da preferência apresentada no momento da colidência principiológica.<sup>275,276</sup>

Para tanto, deve ser observada a natureza do caso que resulte no conflito, em seus aspectos mais relevantes, concretamente aferidos no momento da decisão assumida.<sup>277</sup>

Por oportuno, cumpre citar que o Código de Processo Penal português, em seu artigo 193, estabelece a necessária obediência aos princípios da necessidade, da adequação da proporcionalidade na aplicação de medidas de coação, de garantia patrimonial e de prisão preventiva – ou seja, não é uma ideia alheia ao ambiente jurídico já existente.

Pode-se assentar que o princípio da proporcionalidade possui um aspecto formal, representado pelo princípio da legalidade, e um aspecto material, que está em sua própria representação teleológica. O primeiro explica-se por si: a restrição aos direitos fundamentais deve estar prevista em texto legal, no sentido de legitimar a atuação contra o indivíduo. Já no que diz com o aspecto teleológico, significa dizer que está formatado de maneira a justificar um fim legítimo (além de legitimar a atuação estatal, garante a atuação do poder público e demonstra a necessidade de restrição),<sup>278,279</sup> sempre dentro da noção de idoneidade,

<sup>272</sup> FERNANDES, 2012, p. 62.

<sup>273</sup> ALEXY, 2011, p. 119.

<sup>274</sup> Conforme Alexy (2011, p. 119), para o Tribunal Constitucional alemão, a necessidade é a obrigação de haver atendimento do objetivo de forma menos gravosa ao indivíduo.

<sup>275</sup> ALEXY, 2011, p. 116-117.

<sup>276</sup> Como ensina Canotilho (2003, p. 1282), “[...] os chamados ‘limites imanentes’ são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducentes ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protectivo de um direito, liberdade e garantia”. Ainda nesta obra, relatou sua aproximação com a teoria da ponderação de bens de Alexy (2011, p. 1282-1283).

<sup>277</sup> VIEIRA DE ANDRADE, 2012, p. 304.

<sup>278</sup> GONZALES-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 69.

necessidade e proporcionalidade.<sup>280</sup> Afinal, o que se busca é um fim que seja socialmente aceito e relevante.<sup>281</sup>

Em relação à idoneidade, há de ser considerado que a medida a ser adotada apresenta correção para atingir-se um determinado objetivo de maneira mais facilitada, sendo que o exame deve ser feito no caso concreto e a partir daquele que faz a proposição, sempre com o fito de obtenção daquilo que a lei persegue e autoriza.<sup>282</sup>

O subprincípio da necessidade guarda forte relação com a noção de intervenção mínima, com a aplicação de alternativa menos gravosa, com o relevante propósito de melhor relacionar a eficácia dos direitos dos indivíduos e o exercício dos poderes públicos. Ou seja, “obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquélla que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos”.<sup>283</sup>

No que pertine à ponderação propriamente dita, cabe considerar que não pode haver excesso entre o sacrifício pretendido e a medida proposta. Pressupõe, portanto, uma valoração da relação entre a idoneidade e a necessidade, bem como a perseguição adequada daquilo que se pretende.<sup>284</sup> De maneira que esteja ele adequado aos valores constitucionais e à demonstração de quais são os preferenciais, com o pressuposto básico de que a liberdade individual é o bem principal.<sup>285</sup>

Não se pode esquecer que a autonomia individual também é constitucionalmente prevista e protegida, pelo que também isto legitima o consentimento na proteção jurídica por parte de seu titular – salvo ser for demonstrado que alguma Carta Maior assim não proceda.<sup>286</sup> Há de ser observado que a liberdade e o seu uso são de conteúdo individual, o que não pode ser regulado, em seu todo, pelo Estado; afinal, a liberdade não existe só se ela for cumprir os fins que sejam de mero interesse estatal.<sup>287</sup> O interesse objetivamente disposto na norma de direito fundamental não pode esquecer o caráter subjetivo que ela traz consigo também – e é

---

<sup>279</sup> Sempre com a compreensão de que mesmo as normas de cunho processual necessitam respeitar a regra da *Lex praevia, scripta et stricta*, mas sempre em relação ao ato processual, não ao fato criminoso em si (GONZALES-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 72, 79), como se pode observar, p. ex., da regra do artigo 2 do Código de Processo Penal brasileiro, que prevê a noção do *tempus regit actum*.

<sup>280</sup> GONZALES-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 99.

<sup>281</sup> GONZALES-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 104.

<sup>282</sup> GONZALES-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 157-158.

<sup>283</sup> GONZALES-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 189.

<sup>284</sup> GONZALES-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 225-226.

<sup>285</sup> GONZALES-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 227.

<sup>286</sup> COSTA ANDRADE, 1991, p. 355.

<sup>287</sup> NOVAIS, 2006, p. 242.

nesta garantia subjetiva que está legitimada a renúncia ao seu exercício, renúncia esta que também compreende uma das fases deste mesmo exercício.<sup>288</sup>

Na linha do que diz a doutrina,<sup>289</sup> compreendem exigências para o não exercício:

- a) uma vontade apta (ou seja, por seu titular) para legitimar o enfraquecimento do direito fundamental frente ao Estado que deveria protegê-lo e, mais ainda, ficar em situação menor frente ao indivíduo.<sup>290</sup> Tudo porque o arguido lança mão da máxima de que “in dubio, pro reo”, direito personalíssimo;<sup>291,292</sup>
- b) liberdade dessa mesma vontade, de forma consciente, para que haja a devida racionalização dos desideratos decorrentes dela; além da ausência de ameaças e constrangimentos, também deve existir uma situação de equilíbrio entre os envolvidos.<sup>293</sup>

Ainda, exige-se o respeito, por parte do Estado, do princípio da legalidade, já que não é possível exonerá-lo de tal princípio.<sup>294</sup> Aliás, por necessidade de observância do princípio da legalidade, foi que o Supremo Tribunal de Justiça português, em decisão recente, entendeu que não há a possibilidade de aplicação do acordo negociado de sentença naquele sistema jurídico, dado que inexistente sua previsão legal,<sup>295</sup> como será demonstrado no corpo de presente trabalho.

O que deve ser considerado é que, nas hipóteses de negociação de sentença, o Estado não está a impedir o exercício de direitos e de princípios processuais em favor do acusado, na medida em que tal sistema não afasta a opção pelos procedimentos que encerram a noção de *full trial*. Mesmo na adoção do sistema de negociação, ainda permanecerá o indivíduo titular

<sup>288</sup> NOVAIS, 2006, p. 244-245.

<sup>289</sup> Novais (2006, p. 249-257), em que pese o autor citar como condições para a “renúncia de seu exercício”.

<sup>290</sup> Os acordos possibilitam ao acusado obter responsabilidade própria pela conduta praticada que o levou ao processo, e que, a partir da vontade livre externada, incentiva a reabilitação e a efetividade da justiça que caminham para o restabelecimento da ordem social violada, o que torna o acusado mais consciente como sua responsabilidade - como consta em Cassidy (2011, p. 10-11).

<sup>291</sup> FAIREN GUILLEN, 1969, p. 261.

<sup>292</sup> A propósito, referido autor explicita que não há uma disposição propriamente do direito de defesa, do contraditório, de autodefesa, de falar pela última vez ao Tribunal em seu favor, de fazer-se ouvir (FAIREN GUILLEN, 1969, p. 260-261).

<sup>293</sup> Para Novais (2006, p. 254), mesmo nas hipóteses de injunções e regras do artigo 281º do Código de Processo Penal português, há caráter voluntário na aceitação do arguido em relação às propostas ministeriais, notadamente porque apresenta uma escolha do titular do direito, que busca um determinado resultado em razão de sua autonomia pessoal, em geral com intuito de vantagem no exercício decorrente da renúncia. Ainda para o autor, a situação que invalidaria o acordo decorreria de casos extremos ou quando a renúncia não trouxer vantagem alguma ao titular.

<sup>294</sup> Segundo Novais (2006, p. 262), a renúncia às posições jurídicas não necessitaria de regra própria, já que ela decorre da própria Constituição.

<sup>295</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 224/06.7GAVZL.C1.S1, p. 2.



dos chamados direitos de defesa em sua integralidade, pois o Estado ainda deverá agir de forma a proteger direitos como a ampla defesa, o contraditório, dentre outros.<sup>296</sup>

Não se está aqui a realizar uma situação em que o arguido seja um objeto manipulado pelo Estado, pois restará sempre a possibilidade de cumprir com a integralidade de seu direito. O que se está a demonstrar é a obtenção de um fim de forma menos gravosa a todos, para que haja proporção entre o exercício de direito renunciado e o resultado final, ponderação esta que sempre é sopesada pelo próprio interessado.<sup>297</sup>

A dita renúncia encontra-se embasada, portanto, na liberdade, já que os direitos fundamentais são expressão dela, pelo que o titular de tal liberdade é quem pode definir no que ela consiste. No caso concreto, o que a caracteriza e como ela pode/deve ser utilizada, já que sabido é que não há a possibilidade material de utilização de todos os direitos fundamentais em condição de simultaneidade – necessita, pois, de definição de suas prioridades.<sup>298,299</sup>

Os direitos fundamentais enfrentam restrições porque, mesmo entre eles, há a necessidade de proteção a outros mesmos direitos ou interesses, com limitações para a obtenção de determinado desiderato.<sup>300,301</sup> Por tal motivação, a eventual ocorrência simultânea de questões que envolvem mais de um deles deve ser resolvida mediante a verificação de qual merece ter prevalência naquele caso concreto, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas para sua concretização.<sup>302</sup> Afinal, consistem eles em normas de otimização do sistema.<sup>303</sup>

---

<sup>296</sup> São requisitos exigidos para os chamados direitos de defesa: a liberdade jurídica do arguido, um direito contra o Estado a um não-embaraço e uma competência para questionar judicialmente a violação de um direito (ALEXY, 2011, p. 234). Afinal, “em relação a uma alternativa de ação juridicamente livre, *a* é faticamente livre na medida em que tem a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer aquilo que é permitido” (ALEXY, 2011, p. 226).

<sup>297</sup> NOVAIS, 2006, p. 279-281.

<sup>298</sup> ALEXANDRINO, 2011, p. 150.

<sup>299</sup> Para Alexandrino (2011, p. 146), a renúncia consiste em uma “[...] afetação de uma posição de direito fundamental, traduzida na redução dos efeitos de protecção desse direito, por força da vontade do respectivo titular”. Compreende não como uma renúncia propriamente dita, mas em uma posição individual ou a certos resultados avaliados na situação específica – avaliação que será feita consoante um postulado da diferenciação, dentro do caso concreto e da dignidade da pessoa humana (ALEXANDRINO, 2011, p. 147-149).

<sup>300</sup> ALEXANDRINO, 2011, p. 134.

<sup>301</sup> Para tanto, além da reserva legal, deve haver uma possibilidade de disposição por seu titular, que deve ser idônea (relação entre o que se dispõe e o objetivo da disposição), deve ser indispensável (ou seja, deve ser ela a forma menos gravosa para a obtenção desse objetivo) e equilibrada no que diz com aquilo que se está em discussão e a liberdade pessoal (ALEXANDRINO, 2011, p. 150-151).

<sup>302</sup> Naquilo que Alexy (2011, p. 95-96) adjetiva como “conflito” e “sopesamento”, com a solução sendo consequência da fixação de condições que determinam a prevalência de um princípio sobre o outro, já que inexistente uma relação de precedência em uma referência a ações e situações que não podem ser metricamente medidas.

<sup>303</sup> ALEXY, 2011, p. 99, 103.

Não se pode olvidar da compreensão de que todo o processo compreende um risco, além de ele próprio ser uma punição.<sup>304</sup> A partir de tal compreensão, deve ser respeitada a vontade do acusado em ver-se livre do processo de forma mais ágil, na medida em que, como indica a doutrina, a capacidade do arguido em tolerar ou aceitar o risco deve ser considerada neste momento, pois ela poderá ser um forte indicativo em favor de uma condenação com maior ou menor grau de severidade.<sup>305</sup>

Evidentemente, não existe uma renúncia propriamente dita. O que se diz aqui é que o exercício dele se faz com a conformação do acusado aos termos apresentados pela acusação. Há de ser considerado que, em verdade, o direito de defesa consiste no conhecimento da acusação formulada contra o arguido; na garantia da imparcialidade judicial; na confirmação de que o arguido é um dos sujeitos processuais, não objeto do processo ou meio para obtenção da verdade processual; na concessão de possibilidades de produção probatória; na disponibilização de meios necessários para o exercício de defesa, dentre outros.<sup>306</sup>

De ser lembrado que, nos termos italianos, há expressa previsão constitucional consagrando o consenso como resolução do processo penal (de acordo com o artigo 111, nº 5, da Constituição italiana).

Muito oportuna a compreensão de que, no ideário de um Estado de Direito que se diga democrático, a inexistência de um ponto de equilíbrio entre a liberdade e a proteção da pessoa traria prejuízos consideráveis para sua efetivação, já que está ele vinculado para proteger liberdades de qualquer natureza – assim, deve-se privilegiar a compreensão de que cabe ao indivíduo escolher o momento, as condições e as circunstâncias de quando tal direito será exercido.<sup>307</sup>

Como bem se pode apontar, a salvaguarda exclusiva dos interesses, direitos e liberdades individuais dos acusados, em desconsideração aos demais interesses que são socialmente aceitos, representaria uma ditadura individual e a possível ruína dos alicerces estatais – deve-se admitir a existência de um processo penal no qual haja também o respeito aos interesses públicos e que reflita uma melhor solução para o caso concreto.<sup>308</sup>

---

<sup>304</sup> Sempre convém lembrar que o processo, por si só, já se constitui em punição. E criticar o instituto por poder punir alguém inocente não é uma falha da negociação, mas uma falha do próprio sistema de justiça, pelo que a crítica deve ser direcionada ao último (SANDEFUR, 2003, p. 31).

<sup>305</sup> BIBAS, 2004, p. 2507.

<sup>306</sup> Enumeração apresentada por Fairen Guillen (1969, p. 267). Na mesma página, define-o como princípio “[...] político del proceso penal, característico del sistema acusatorio; principio político fundamental, plasmado en las Constituciones”.

<sup>307</sup> MENDES, 2006, p. 129.

<sup>308</sup> TORRÃO, 2000, p. 70.

Logo, a participação em consenso, livre de coação, não resulta em renúncia a direitos, mas no próprio exercício deles, com o objetivo de tornar mais facilitado o trâmite do processo. Afinal, a proteção excessiva do acusado também ameaça a própria existência do Estado Democrático de Direito, pelo que há de se reconhecer a necessidade de composição de tais interesses.<sup>309</sup>

Os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, seja por razões subjetivas, seja por razões objetivas. Subjetivamente, porque não está ao arbítrio do titular fixar qual o alcance e a forma de satisfação de tal interesse, especialmente quando se sabe que há, invariavelmente, colisão dos direitos entre si e com os dos outros. Já no que diz com o âmbito objetivo, porque os direitos estão interligados com valores individuais, sociais e comunitários, pelo que necessitam estar concordes com os valores sociais.<sup>310</sup>

Há de se compreender que o processo penal também possui uma natureza preventiva, função esta que não se mostra antagônica com direitos fundamentais dos arguidos, na medida em que estabiliza as ações contra o crime e a forma de sua prevenção, de forma a possibilitar a reinserção dele. Por tal razão, deve o processo penal não se escudar na ideia de segredo das decisões, já que, do contrário, não haveria a descompressão do conflito.<sup>311</sup>

O que se exige é que haja boa-fé das partes envolvidas, notadamente o Estado, no cumprimento das condições impostas, em face da segurança jurídica e da confiança na aplicação dos mecanismos jurídicos.<sup>312</sup>

Tornar possível o não exercício do direito fundamental, dentro dos limites que a própria Constituição estabelece, consiste na devida manifestação daquilo que o direito fundamental confere ao seu titular. Aliás, cabe ressaltar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>313</sup> aceita a hipótese de renúncia (e seu não exercício) sempre que isto comportar em determinada vantagem ou benefício ao seu titular.<sup>314,315</sup>

Não se olvida, aqui, da necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, princípio motriz dos Estados democráticos. Entretanto, como bem pondera o professor Figueiredo Dias,<sup>316</sup> os direitos e garantias processuais exigem consonância com os interesses

<sup>309</sup> FIGUEIREDO DIAS, 1983, p. 206.

<sup>310</sup> VIEIRA DE ANDRADE, 2012, p. 263-264.

<sup>311</sup> PALMA, 2004, p. 42-43.

<sup>312</sup> FRUMER, 2013, p. 42-43.

<sup>313</sup> A título de exemplo: União Europeia. European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case of Scoppola v. Italy (nº 2, application nº 10249/03), p. 34.

<sup>314</sup> VILLAYERDE MENÉNDEZ, 2013, p. 112.

<sup>315</sup> No caso do instituto objeto desse estudo, deve ele ser previsto em lei, com o fundamento de que proteja direitos e bens outros que também são dignos de proteção constitucional (VILLAYERDE MENÉNDEZ, 2013, p. 124-125).

<sup>316</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 27.

que estão relacionados com os interesses coletivos de segurança e de própria concretude da vida comunitária, haja vista a necessidade de proporcionalidade e de ponderação daquilo que está envolvido na discussão.

O que deve estar presente é que qualquer que seja a manifestação do arguido em seu desfavor seja feito com total liberdade, de forma esclarecida e consciente, dada a necessidade de preservação de sua condição enquanto sujeito processual.<sup>317</sup> A liberdade de declaração concedida ao arguido apresenta-se em dupla perspectiva. A primeira, de cunho positivo, que autoriza a ele o mais amplo direito de manifestação em prol de sua defesa, para que possa refutar (ou até aceitar) a acusação. A outra, de cunho negativo, que se caracteriza pela proibição de adoção de meios enganosos ou de coação para obtenção de declarações auto-incriminatórias (ou, como conhecido, *nemo tenetur se ipsum accusare*) – tal proibição diz tanto com a culpa quanto com a pena.<sup>318</sup>

Assim, é possível dizer que a dignidade da pessoa humana ganha forte relevo e importância.<sup>319</sup> Dentro do processo, o valor relacionado à liberdade está fortemente ligado ao princípio da justiça e do bem comum, com a existência de um espaço livre para que o próprio indivíduo (em especial, o arguido) se personalize, já que o processo, por si mesmo, é uma restrição à liberdade individual. Para tanto, evidente que se faz necessária uma igualdade de oportunidades para que haja esta concretude de personalização, sempre com o fim de buscar a verdade admitida no âmbito da atividade processual.<sup>320</sup>

O respeito, a garantia, a proteção e a promoção da dignidade humana exigem que, na dúvida sobre a melhor solução a uma situação concreta, deve-se privilegiar a dignidade em si, de forma que seja ela fonte de deveres fundamentais, justificação de restrições e limitações a outros direitos fundamentais, como ponto de validade das intervenções públicas e privadas em seus direitos.<sup>321</sup>

De todo o exposto, evidente que se está diante de uma negociação processual que se adequa, perfeitamente, à concepção exigida pela própria compreensão de indivíduo dentro do processo.

---

<sup>317</sup> COSTA ANDRADE, 2013, p. 121-122.

<sup>318</sup> COSTA ANDRADE, 2013, p. 121.

<sup>319</sup> TORRÃO, 2000, p. 65.

<sup>320</sup> J. BERTOLINO, 1985, p. 114.

<sup>321</sup> OTERO, 2010, p. 39.

### 3 MODELOS JURÍDICOS DE NEGOCIAÇÃO DE SENTENÇA CRIMINAL

Para fins de apreciação do tema, faz-se uma rápida digressão quanto aos sistemas processuais penais.

O primeiro deles é o chamado sistema acusatório,<sup>322</sup> que se caracteriza, dentre outras, pela separação entre o julgador e o acusador, com o intuito de garantir a imparcialidade do primeiro, que funciona como um mediador dos demais sujeitos processuais, que se confrontam em igualdade de armas,<sup>323</sup> e formam, assim, o contraditório e o livre convencimento judicial.<sup>324</sup>

Por outro lado, tem-se o sistema inquisitivo.<sup>325</sup> Tal sistema ficou conhecido pela possibilidade de concentração da investigação, da acusação e do julgamento em um titular apenas, quando ausente outro responsável pela acusação. Surgia, assim, o processo de ofício<sup>326</sup> - quando tal acontecia, estava o julgador prejudicado em sua imparcialidade.

No que tange à verdade processual, buscava-se a chamada verdade real, o que acabava por legitimar a tortura,<sup>327</sup> já que a confissão preponderava sobre as outras provas.<sup>328,329</sup> Ainda,

---

<sup>322</sup> Sousa Mendes (2013, p. 22-26) apresenta como exemplos de modelo acusatório o direito grego (iniciava com uma acusação de cunho privado e se desenvolvia com um processo de partes) e o direito romano durante a República (surgia com uma acusação particular e estava presente a imparcialidade de quem julgava em relação a ela). Andrade (2013, p. 107-110) ensina que, no sistema acusatório *clássico*, prevalecia a figura do acusador particular sobre o público, situação inversa àquela encontrada no sistema atual, que define como *contemporâneo*. Ainda conforme o último autor, a imagem clássica perdeu em importância por causas identificadas com a diminuição da punição, a existência de imputações acusatórias falsas e a construção de verdades processuais modificadas, uma diminuta proteção ao acusador particular e aos seus familiares, o que também acontecia com as testemunhas, e a não execução das sentenças – defeitos que também levaram ao surgimento do sistema inquisitivo.

<sup>323</sup> ANDRADE, 2013, p. 111.

<sup>324</sup> SOUSA MENDES, 2013, p. 26-27.

<sup>325</sup> Inclui-se, aqui, a compreensão que vigeu quando do processo inquisitório estabelecido pela Igreja Católica. Foi o Cristianismo, como religião oficial, que acabou por consolidar o sistema inquisitivo. Após a superação do direito local que caracterizava o Feudalismo pelo direito centralizado do advento das monarquias europeias, o direito canônico era o que melhor se adaptava a esta nova concepção de poder, o que ocasionou a recepção do direito romano-canônico por toda a Europa, salvo na Inglaterra, onde não se professava o direito romano nas universidades (ANDRADE, 2013, p. 279-281).

<sup>326</sup> Ato processual que poderia acontecer, inclusive, com base na voz corrente, como se dava em Portugal (ANDRADE, 2013, p. 321).

<sup>327</sup> Em Portugal, a tortura era judicialmente determinada, a partir de elementos de presunção, fama ou outro legalmente previsto que autorizasse sua realização, como consta nas Ordenações Afonsinas, Livro I, Título XXIII, § 42. Porém, para evitar-se a vergonha e/ou o erro judicial, a execução da tortura ficava condicionada ao julgamento do eventual recurso de apelação que era admitido contra sua determinação, que detinha efeito suspensivo, a partir da compreensão do que dispunham as mesmas Ordenações, em seu Livro V, Título LXXXVIII, § 1º (ANDRADE, 2013, p. 323-324).

<sup>328</sup> SOUSA MENDES, 2013, p. 30.

<sup>329</sup> Os Santos Ofícios existentes em Portugal no século XVI atuavam com o segredo, pelo que o acusado, ao tentar descobrir quem era seu acusador, acabava por emprestar provas novas a quem exercia a acusação na ocasião (SOUSA MENDES, 2013, p. 30).

havia a nota de que as provas eram tarifadas, com a inexistência do contraditório e da coisa julgada, pois mesmo as absolvições poderiam ser revistas.<sup>330</sup>

Diga-se que o sistema inquisitorial conhecido na Idade Média e na Idade Moderna não mais existe.<sup>331</sup> Porém, há de ser considerado que uma de suas principais características ainda remanesce, qual seja, a de que a verdade deve ser buscada.<sup>332</sup> Para tanto, além do uso racional da prova, também surgiram outros institutos que são aplicados até os dias atuais, quais sejam, a competência processual penal em razão do lugar do fato e a hierarquização da justiça (com possibilidade de recursos contra as decisões dos juízes locais).<sup>333</sup>

Por último, há o sistema misto, que teve seu marco com o Código de Instrução Criminal francês de 1808. São notas de referido sistema, sem prejuízo de outras, a divisão do processo em duas fases (a primeira, destinada à realização da investigação criminal; a segunda, ao julgamento propriamente dito, sendo que o juiz que investiga não pode julgar); a acusação, de cunho público, atrelada ao cumprimento de requisitos; a investigação criminal realizada por um órgão de polícia judiciária; o direito ao contraditório e a um defensor; o abandono da primazia da prova legal, pelo que vinga o convencimento motivado dos juízes; e o cabimento de apelação das decisões com efeito suspensivo. No que pertine à fase de investigação, está ele aproximado do sistema inquisitivo, com o fito de que seja evitada a não persecução e a não punição de determinados fatos. Já no que se refere à segunda etapa, está aproximado do sistema acusatório, na medida em que necessita de um órgão de acusação distinto do juízo para torná-la existente.<sup>334,335</sup>

Faz-se tal distinção em razão das influências junto aos modelos de consenso que serão citados a partir de agora.

### 3.1 O modelo adversarial americano

O sistema adversarial é o berço, por excelência, da negociação de sentença criminal.

<sup>330</sup> SOUSA MENDES, 2013, p. 30.

<sup>331</sup> SOUSA MENDES, 2013, p. 32-33.

<sup>332</sup> ANDRADE, 2013, p. 281, 315.

<sup>333</sup> ANDRADE, 2013, p. 314-315.

<sup>334</sup> ANDRADE, 2013, p. 410-418.

<sup>335</sup> A partir do que expõe Torráo (2000, p. 50) como *processo penal reformado*, é possível visualizar elementos do procedimento inquisitivo (os fatos são investigados a partir do momento em que há a suspeita da prática do fato criminoso) e procedimento acusatório (já a partir da fase do julgamento, pois é possibilitado ao acusado defender-se daquilo que é apresentado contra si em juízo), surgido com o Código de Instrução Criminal Napoleônico de 1808.

Conforme as explicações tradicionais, integra o sistema da *common law*, mas não se limita a isto a diferenciação em relação ao sistema continental. Aqui, o juiz possui uma participação passiva na investigação,<sup>336</sup> mesmo a que se passa no âmbito judicial, pois o *prosecutor* tem franco interesse quanto ao resultado final do processo, na busca de uma verdade que demonstre a participação do acusado, ao passo em que a defesa busca afastar tais assertivas. Assim é natural a obtenção de verdades acordadas, pois o resultado se mostra mais relevante do que a obtenção de como os fatos aconteceram.<sup>337</sup> Por tal motivação, admite que a confissão/*guilty plea* seja tomada como forma de extinção do processo (por atuar o juiz de forma passiva, as partes definem o alcance do processo – fático e probatório – movidas por interesses estratégicos, com possibilidade de investigação pelas duas partes).<sup>338,339</sup>

No sistema adversarial, portanto, prevalece a disputa entre as partes<sup>340</sup> frente a um julgador que se posiciona mais próximo de um árbitro durante a persecução (os sujeitos processuais atuam de forma estratégica, com fim determinado, de maneira a convencer o juiz além da dúvida razoável, no que tange à acusação, ou, no que diz com o interesse defensivo, a manutenção dela, pelo que o juiz deve manter-se operacionalmente imparcial),<sup>341</sup> com a característica de que as atividades de julgamento são divididas entre o juiz e jurados.<sup>342</sup>

Vige a noção de haver *oportunidade* no manejo da ação penal, já que é possível a *disponibilidade* do processo e de seu objeto, bem como que há a necessidade de uma *verdade* que as partes entenderem como adequada dentro do processo – a responsabilidade das partes em relação ao que será apresentado em juízo justifica a via negociada para satisfação de suas conveniências.<sup>343,344,345</sup>

---

<sup>336</sup> Calha ser apresentado que o sistema adversarial distingue-se, no ponto, do sistema acusatório clássico porque, neste último, o juiz pode ter uma participação mais ativa na produção da prova, enquanto que, como visto acima, o primeiro tem no juiz uma figura mais inerte, desautorizada em participar da produção da prova que pode(ria) trazer-lhe melhor convicção quando do julgamento (ANDRADE, 2013, p. 228).

<sup>337</sup> No sistema adversarial, há uma forte discricionariedade disponibilizada ao Ministério Público, pelo que ele pode estabelecer quais os fatos que merecem ser perseguidos, e a defesa pode concordar com a acusação naquilo que for apresentado ao juízo; como resultado a disputa pode sempre terminar com base em acordos (LANGER, 2010, p. 27-28), já que o caso e as provas pertencem às partes (LANGER, 2010, p. 47).

<sup>338</sup> LANGER, 2010, p. 13-15.

<sup>339</sup> A propósito, Schünemann (2013, p. 241) escreve que pode o modelo adversarial apresentar uma vantagem, mormente porque respeitaria a condição de sujeito do acusado, com a proteção da concepção do ser humano prevista em um Estado Democrático de Direito (afasta do juiz a condição de acusador e privilegia uma autonomia das partes). Isto porque, aqui, as partes elegem os meios de prova e realizam por si sua produção, e o juiz limita-se a assistir a prova de maneira passiva (SCHÜNEMANN, 2013, p. 248).

<sup>340</sup> Nele, o órgão acusador e o arguido são colocados em uma condição de igualdade, de forma a ser protegida a autonomia do último, para que ele possa exercer sua liberdade defensiva, sendo que o sistema pressupõe a existência da verdade para confirmar suas versões, a partir desta mencionada igualdade (WEIGEND, 2003, p. 159).

<sup>341</sup> MESQUITA, 2010, p. 49-50.

<sup>342</sup> LANGER, 2010, p. 23.

<sup>343</sup> TORRÃO, 2000, p. 46.

### 3.1.1 Fatores de fomento

Antes de um exame mais acurado acerca dos institutos de negociação de sentença nos Estados Unidos, é importante fazer uma breve digressão de como ela adentrou no contexto jurídico daquele país.

Como regra, é apresentada a chamada carga elevada de trabalho enfrentada pelo Poder Judiciário como principal motivação do sistema de negociação de sentença. Não obstante, calha ser dito que tal justificativa não é suficiente, tanto que há quem afirme que tal justificativa consistiria em uma *functional fallacy*.<sup>346</sup>

É possível afirmar que o consenso, como forma de resolução dos conflitos penais, já existia desde longo tempo, inclusive os tempos da Inquisição; entretanto, nesta época, ele tinha um caráter meramente formal, obtido com a utilização de métodos coativos, para legitimar os métodos e decisões que levariam à salvação das almas dos criminosos<sup>347,348</sup> (o poder soberano era visto como sagrado, o que justificava a despersonalização do acusado).<sup>349</sup>

Até como consequência de uma percepção religiosa vigente à época, a Coroa Britânica acordou com a Igreja que os padres que fossem condenados pela justiça secular tinham de ser devolvidos a ela, sem a utilização da pena de morte contra eles (*benefits of clergy*). Como os padres eram dotados de educação, várias pessoas que sabiam ler e escrever acabaram por receber tratamento assemelhado, pelo que havia uma espécie de *sentencing bargaining*, até mesmo porque havia um tratamento acusatório diferenciado.<sup>350</sup>

Em um padrão comum ao sistema anglo-saxônico, durante os séculos XVIII e XIX, os acusados não eram representados por advogados, bem como não tinham a menor possibilidade de confrontar testemunhas ou outros meios de prova. Como consequência natural, havia um maior apelo por desculpas e clemências justamente para ser evitada a

---

<sup>344</sup> Ou, como Torrão (2000, p. 46-47) expõe: “[...] a salvaguarda dos interesses públicos é, isso sim, encarada de forma diversa à dos europeus continentais, traduzindo-se, basicamente, em dar às partes uma liberdade de actuação auto-responsável, com base no postulado de que ninguém melhor do que o próprio para cuidar de seus interesses [...]”.

<sup>345</sup> Considerações apresentadas por Schünemann (2013, p. 248-249), que chama as questões acima de *dilema entre a estratégia e o descobrimento da verdade*, *dilema hermenêutico* e *dilema de Lohengrin*, que tornam o sistema adversarial uma forma limitada de obtenção da verdade - o julgamento é a demonstração da vitória de uma parte sobre a outra.

<sup>346</sup> FEELEY, 1997, p. 184.

<sup>347</sup> TORRÃO, 2000, p. 31.

<sup>348</sup> As torturas eram utilizadas porque levavam à confissão daquilo que era tido como uma heresia, o que acabava por conferir sua culpa e a razão de quem julgava (TORRÃO, 2000, p. 29).

<sup>349</sup> TORRÃO, 2000, p. 25-26.

<sup>350</sup> THAMAN, 2010, p. 311-312.



aplicação da austeridade legal – as eventuais testemunhas defensivas tinham o objetivo de falar sobre o caráter do réu ou de abonar suas condutas, situação que acompanha os chamados *full trials* até os dias atuais.<sup>351,352</sup> De ser ressaltado que, já naquela época, havia a busca defensiva por fatores de mitigação de penas, como o próprio reconhecimento de suas culpas, mesmo após a abolição da pena capital.<sup>353,354</sup>

Com o Iluminismo, houve uma mudança no processo penal. A presença do advogado em maior escala trouxe, como consequência, o reconhecimento de que a tortura afastava a qualidade da confissão, o que acabou por trazer consigo garantias processuais como o direito ao silêncio, o reconhecimento da presunção de inocência e a necessidade da acusação demonstrar a responsabilidade além de uma dúvida razoável. Foi desde então que começaram a surgir as primeiras negociações nos moldes hoje conhecidos, a partir das promessas de redução das punições.<sup>355,356</sup>

Com o surgimento da figura do responsável pela perseguição em defesa de interesses que foram violados de uma vítima e de um responsável pela defesa do acusado, houve uma modificação de grande vulto na compreensão do processo, especialmente porque acabou por tornar mais profissionalizada a atuação dos sujeitos.<sup>357</sup> O resultado disto foi a perda de credibilidade no julgamento pelo júri, bem como no alongamento de seus ritos.<sup>358</sup> A complexidade decorrente da atuação dos sujeitos processuais responsáveis pela acusação e pela defesa tornou-as mais proeminente, o que motivou o declínio das funções de julgamento.<sup>359</sup>

Com o consequente fortalecimento das perseguições, vários acusados passaram a demonstrar interesse em serem julgados por magistrados, a partir das alegações próprias de

---

<sup>351</sup> FEELEY, 1997, p. 188.

<sup>352</sup> P. ex., um processo acontecido em Old Bailey no ano de 1815, no qual o acusado, após apresentar-se como uma pessoa de boa índole e pedir a condescendência que fosse possível para si, foi condenado por um delito de furto pelo júri com a recomendação de que houvesse a aplicação da clemência nos seus mais fortes termos, motivo pelo qual foi condenado com a consideração menor nos valores dos bens, o que o levou a uma pena de um mês de confinamento e multa (FEELEY, 1997, p. 189).

<sup>353</sup> FEELEY, 1997, p. 191.

<sup>354</sup> Feeley (1997, p. 191) expõe: “[...] in this sense, the ability to negotiate a plea may represent an increased capacity to take part in an adversary process, in contrast to the earlier trial where the accused was largely dependent upon the judge for guidance and the jury for mercy.”

<sup>355</sup> THAMAN, 2010, p. 311-313.

<sup>356</sup> Correia (1956, p. 59-61) ensina que o Iluminismo buscou conciliar interesses da sociedade com a liberdade individual. Surgiu, pois, a inadmissibilidade de utilização da tortura como meio para obtenção das confissões e a retirada do impulso processual do juiz, de forma a possibilitar o contraditório. Inverteu-se a compreensão da culpa, ou seja, o arguido era considerado inocente até decisão condenatória definitiva que dissesse o contrário.

<sup>357</sup> Como se observa a partir da maior presença de advogados nos julgamentos, do constante uso de peritos e de testemunhas acerca dos fatos nos assuntos tratados, da maior preocupação com as provas e com os direitos dentro do processo penal e do sistema do *cross examination* (FEELEY, 1997, p. 205).

<sup>358</sup> FEELEY, 1997, p. 196.

<sup>359</sup> FEELEY, 1997, p. 196.

suas culpas, com o firme propósito de evitar o julgamento e as mais graves consequências decorrentes do júri, pelo que havia a renúncia ao direito de julgamento pelo colegiado em troca de um apenamento minorado.<sup>360,361</sup>

De ser apontado que os juízes americanos não se mostraram muito dispostos a receberem a possibilidade de julgamento de delitos graves nos chamados *bench trials* – afinal, se 12 jurados decidiam de um mesmo jeito, muito mais correta deveria ser a decisão. Assim, os juízes protegeram-se da responsabilidade moral e jurídica, bem como da impopularidade eventualmente dali decorrente, através da concordância com as proposições feitas pelo Ministério Público e aceitas pelo acusado.<sup>362</sup>

Como exemplifica Langbein, quando da metade do século XVIII, o júri existente nos Estados Unidos tinha uma efetividade tamanha que, nos dias atuais,<sup>363</sup> somente há tal possibilidade por procedimento que o autor define como sendo um “nontrial procedure”. De lá para cá, o sistema adversarial sofreu inúmeras modificações, notadamente no que diz com as limitações de obtenção de provas.<sup>364</sup>

O que deve ser analisado é o fato de que a qualificação do sistema adversarial e o julgamento pelo tribunal do júri foram os principais motivadores para a criação da justiça negociada,<sup>365</sup> na medida em que potencializaram o surgimento de oportunidades diversas dentro do sistema onde nasceu.<sup>366</sup> Podem ser apresentadas como motivações para tanto o surgimento de atores processuais definidos, a especialização das regras de processo penal (como quanto à prova, p. ex.) e a própria mudança na legislação criminal, o que forçou um aumento de recursos para o processo, de onde é possível concluir que não é a economia de recursos que originou o *plea bargaining*, mas a presença deles.<sup>367</sup> Da mesma forma, não surgiu de maneira a prejudicar as normas processuais em benefício dos acusados, mas como

---

<sup>360</sup> FEELEY, 1997, p. 198-200.

<sup>361</sup> Como apresenta Feeley (1997, p. 221): “Like the jury trial of old, the new process of negotiated pleas is also brief. Like jury trial of old, the guilty plea mixes and merges considerations of guilty with assessments of character and concerns of mercy that blur both sets of issues. Like the jury trial of old, there remains flexibility and vast discretion in the process. And like the jury trial of old, there are ample opportunities to mitigate or circumvent harshness.”

<sup>362</sup> LANGBEIN, 1979, p. 269-270.

<sup>363</sup> Até então, os julgamentos eram mais ágeis porque não havia representação da acusação e da defesa em moldes semelhantes aos atuais, já que a acusação era conduzida pela própria vítima, enquanto que os arguidos não tinham mínimo direito de à defesa técnica. Assim, inexistiam moções, manobras processuais e discursos das partes. O arguido não ousava desafiar a corte por seus direitos, de maneira que não havia, sequer, necessidade de dissolução do júri para continuidade dos julgamentos (LANGBEIN, 1979, p. 263).

<sup>364</sup> LANGBEIN, 1979, p. 261.

<sup>365</sup> “[...] as adversariness increased, jury trials decreased and guilty pleas increased [...]” (FEELEY, 1997, p. 215).

<sup>366</sup> FEELEY, 1997, p. 186.

<sup>367</sup> FEELEY, 1997, p. 192.

consequência delas.<sup>368,369</sup> Inicialmente, os acordos não tiveram larga aceitação porque os processos eram naturalmente céleres. Com a diminuição de tal característica e incremento das garantias do acusado, eles passaram a se desenvolver pela necessidade percebida pelos atores processuais, não pela imposição legislativa.<sup>370</sup>

O que deve ser ressaltado é que a criação da *plea bargaining* não se deu de forma legislativa, mas foram os próprios agentes processuais que passaram a atuar de maneira negocial, com o fim de conseguirem atalhos e facilitarem o andamento dos trabalhos.<sup>371</sup>

Obviamente, outros fatores contribuíram para tanto. A evolução urbana e econômica dos Estados Unidos, especialmente no século XIX, aumentou o número de conflitos judiciais em detrimento das outras formas de sua solução, que eram praticadas nas organizações familiares e religiosas.<sup>372</sup>

Também podem ser elencados como catalisadores dos acordos o custo não tolerado pela sociedade que a máquina judiciária passou a exigir, o incremento do número de condutas definidas como criminalmente típica (mas sem o verdadeiro apelo social), além do interesse em tornar mais individualizada a resposta a ser apresentada, dada a rigidez sancionatória do sistema criminal de lá.<sup>373</sup>

Por fim, que se diga que houve uma conjunção decorrente do compromisso do Ministério Público com a política, característica que distingue o sistema americano de muitos outros,<sup>374</sup> a percepção dos réus de que estes possuem uma melhor perspectiva quanto à pena final, seja no que diz com os custos que terá de suportar na hipótese de um longo julgamento,<sup>375</sup> seja no que diz com as consequências de uma longa exposição pública determinada pelo processo.<sup>376</sup>

Atualmente, a negociação de sentença criminal (*plea bargaining*) mostra-se como o mais frequente método de condenação do sistema americano, fulcrada em valores disponíveis

---

<sup>368</sup> FEELEY, 1997, p. 186.

<sup>369</sup> Os júris em Old Bailey (Londres), nos primórdios do século XIX, julgavam os processos em uma média de oito minutos, pelo que é possível concluir que o sistema do *plea bargaining* não ocasionou o crepúsculo do sistema adversarial, na medida em que seu passado não era muito fervoroso (FEELEY, 1997, p. 190).

<sup>370</sup> THAMAN, 2010, p. 324-325.

<sup>371</sup> THAMAN, 2010, p. 324.

<sup>372</sup> ALBERGARIA, 2007, p. 29.

<sup>373</sup> LAFAVE; ISRAEL, 1992, p. 899.

<sup>374</sup> ALBERGARIA, 2007, p. 33-38.

<sup>375</sup> FINE, 2011, p. 97.

<sup>376</sup> Valem os ensinamentos de Brereton e Casper (1981-1982, p. 68): “[...] Bargaining permits prosecutors and defense attorneys to select a conviction charge which may not fit the evidence but which permits a lesser sentence; in a trial they lose control over the sentence. In addition, the trial is likely to produce more publicity and attendant public scrutiny, as well as providing the sentencer with much more detail about the nature of the harm done by the defendant. Both of these may militate against the leniency that often attends the privacy and flexibility of the plea bargaining.”

para muitos casos sem julgamento, especialmente porque há a assunção de culpa, vontade de assumir a responsabilidade, equilíbrio entre tal assunção e os motivos correicionais, além de poder atenuar a rigidez estabelecida para as hipóteses de condenação, inclusive nas hipóteses de colaboração com a perseguição.<sup>377,378</sup>

### 3.1.2 O “*plea bargaining*” e o “*nolo contendere*”

Os Estados Unidos caracterizam-se pela disponibilidade do processo penal pelas partes, e, por conseguinte, pela própria noção de *plea bargaining*.<sup>379,380</sup>

Como mencionado em momento anterior, as negociações americanas de sentença criminal podem acontecer pela declaração de culpa do acusado (*guilty plea*, mote do *plea bargaining*) ou pela declaração de que não haverá a contestação da acusação (*nolo contendere*).

A nota distintiva entre elas reside na consequência de que a primeira produzirá efeitos no juízo cível, enquanto que a segunda, não,<sup>381</sup> porque se limita a não contestar a ação (em assumir a responsabilização, mas sem realização de confissão sobre os fatos). Diferenciam-se, igualmente, porque as segundas, no âmbito americano, não são aceitas em todos os estados.<sup>382</sup>

Conforme explicitado na *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11* em sua integralidade, pode ser alegada, pelo acusado, sua ausência de culpa (*not guilty*), sua culpa (*guilty*), ou, quando cabível e aceito pela Corte, *nolo contendere*. A alegação de culpa pode originar a *plea bargaining*, inclusive de maneira condicional.<sup>383</sup> Doutra banda, a alegação de *nolo contendere* exige que haja uma apreciação do interesse público na devida administração

<sup>377</sup> DOUGLAS, 1988, p. 264-266.

<sup>378</sup> Douglas (1988, p. 267), a partir do que consta no *The National District Attorneys Association Prosecution Standards*, indica ser a *plea bargaining* realizada para o melhor interesse do Estado, da defesa e da administração da justiça, na medida em que equaciona as questões relativas à acusação, a proporção do crime e a responsabilidade, e que nunca deve ser utilizada como forma de administração do excesso de volume de serviço.

<sup>379</sup> ALBERGARIA, 2007, p. 50-51.

<sup>380</sup> O acusado aceita o acordo com o fim de obter redução de sua punição por sua conduta criminal, com o que deixa de sofrer as possibilidades integrais que a lei determina para aquela conduta (MANAK, 1974, p. 1).

<sup>381</sup> A ausência de contestação na *plea of nolo contendere* é mais comum nos casos de crimes econômicos em geral (CABEZUDO RODRÍGUEZ, 1996, p. 67), já que obriga a discutir a questão da responsabilidade em eventual ação cível.

<sup>382</sup> ALBERGARIA, 2007, p. 19-20.

<sup>383</sup> *Conditional Plea* que, com o consentimento da corte e do órgão acusatório, possibilita que o acusado se reserve ao direito de apelar de eventual situação adversa que venha decorrer e, com isto, garante a possibilidade de retirar sua alegação de culpa - conforme deflui da leitura da *Rule 11(a)(2)* da *Federal Rules of Criminal Procedure*.

da justiça antes que seja aceita pelo juízo e pelas partes.<sup>384</sup> Caso contrário, deve ser considerado como alegação de ausência de culpa.

O processo criminal apresenta características de litigação civil, na medida em que possibilita que as partes componham sobre provas a serem apresentadas, o momento de tal apresentação, dentre outras. Nele, a proteção dos direitos individuais do acusado ganha relevância frente à descoberta da verdade, com o que se mostra livre para desistir de ser julgado pelo tribunal, de apresentar testemunhas, de ser defendido por um advogado, de se auto-incriminar, de manter-se em silêncio, etc.<sup>385</sup>

Em síntese, existem dois modelos junto às cortes criminais, de acordo com o sistema americano:<sup>386</sup>

- a) *the due process model*: por ele, há a realização do sistema adversarial em sua versão mais conhecida, pela qual há um embate entre as partes (Estado e acusado), com a nítida compreensão de que “um ganha e outro perde”. A definição da responsabilidade é feita pelo júri ou pelo juízo. Exige que o Estado cumpra o seu dever probatório quanto à acusação e possibilita que o acusado apresente provas em seu favor. Há a preocupação com a produção da justiça no caso concreto. Volta-se para a punição da conduta criminalmente tipificada, a condenação e a sentença final. Na teoria, mantém os direitos dos acusados e estabelece a culpa a partir de critérios legais para apuração dela;
- b) *the plea bargain model* (onde presente o *nolo contendere*):<sup>387</sup> por ele, há uma divisão na compreensão entre perdas e ganhos, na medida em que o acusado tende a receber uma pena menor do que aquela que teria caso houvesse um julgamento aos moldes anteriores, enquanto que a acusação perde certa quantidade de pena, mas ganha a certeza da condenação, que também se reflete em otimização dos recursos estatais destinados à persecução criminal (da mesma forma que há uma redução de custos a serem suportados pelo acusado na promoção de sua defesa, além da melhor preservação da imagem e do tempo consumido). Também ele demonstra uma preocupação entre juízes, *prosecutors* e advogados com a

<sup>384</sup> Exposta na *Rule 11(a)(3)* da *Federal Rules of Criminal Procedure*.

<sup>385</sup> KOBOR, 2008, p. 27-28.

<sup>386</sup> Conforme exposto em Feeley (1979b, p. 25-28).

<sup>387</sup> Apesar de a Constituição americana versar sobre o direito ao *jury trial*, afirma-se que o sistema da *guilty plea* (e a consequente *plea bargaining*) constitui-se no meio mais tradicional de resolução processual, dentro daquilo que decorre dos benefícios mutuamente havidos (RAPOZA, 2013, p. 207).

administração da justiça, na medida em que auxilia no rápido processamento e conclusão da carga de processos que assola o sistema. Aqui, o ponto central da punição passa pelo *prosecutor*,<sup>388</sup> que define as acusações, o estabelecimento da culpa e a quantidade a ser imposta na sentença.

A propósito, a Suprema Corte americana apresenta diversos benefícios que o último instituto traz ao sistema, que servem tanto para o Estado como para o acusado, na medida em que estimulam a reabilitação, a eficiência, a igualdade das partes para a negociação e a evitação de condenações falhas.<sup>389,390</sup> Inclusive, a mesma Corte já reconheceu que não há qualquer invasão estatal nos direitos dos acusados, na medida em que estes sempre possuem a liberdade de submissão ao julgamento denominado como *full trial*, especialmente quando se observa que os termos da acusação oferecida a partir da não aceitação pelo acusado contempla termos devidamente apurados em investigação anterior.<sup>391</sup>

Neste aspecto, ressalta-se a forte independência concedida ao Ministério Público americano,<sup>392</sup> inclusive com a nota de que grande parte das condenações proferidas lá decorrem da negociação<sup>393</sup> - *plea of guilty*, onde também se insere a concepção de *plea bargaining*.<sup>394</sup>

---

<sup>388</sup> Participam da negociação a acusação e os defensores constituídos, que devem reportar os termos do acordo ao acusado, nos termos da 6ª Emenda, conforme entendimentos da Suprema Corte, com o fim de assegurar a regularidade dele (KOBOR, 2008, p. 58).

<sup>389</sup> GUIDORIZZI, 1998, p. 761-762.

<sup>390</sup> “Plea bargaining flows from ‘the mutuality of advantage’ to defendants and prosecutors, each with his own reasons for wanting to avoid trial. Defendants advised by competent counsel and protected by other procedural safeguards are presumptively capable of intelligent choice in response to prosecutorial persuasion, and unlikely to be driven to false self-condemnation. Indeed, acceptance of the basic legitimacy of plea bargaining necessarily implies rejection of any notion that a guilty plea is involuntary in a constitutional sense simply because it is the end result of the bargaining process. By hypothesis, the plea may have been induced by promises of a recommendation of a lenient sentence or a reduction of charges, and thus by fear of the possibility of a greater penalty upon conviction after a trial” (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978), documento não paginado).

<sup>391</sup> ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Corbitt v. New Jersey, 439 U.S. 212 (1978), documento não paginado.

<sup>392</sup> Cabe citar a referência exposta por Fine (2011, p. 2), de que os responsáveis pela elaboração da Constituição americana procuraram descentralizar de forma alongada o exercício do poder, como forma de preservar direitos e garantias individuais. Na linha do que expõe Ma (2011, p. 35), “A Suprema Corte declarou que a Constituição colocava o dever de executar as leis a cargo do poder executivo. Para assegurar que os promotores, enquanto autoridades do poder executivo, desempenhassem suas funções de maneira apropriada, os tribunais não deveriam interferir indevidamente em suas tomadas de decisão.”

<sup>393</sup> Conforme Rapoza (2013, p. 208), cerca de 94% das condenações na justiça dos Estados e 97%, na justiça federal, são decorrentes dos acordos. De acordo com Fine (2011, p. 87-88), cerca de 90% dos conflitos, inclusive na seara penal, são resolvidas por acordos, situação que impossibilita que o sistema judiciário americano entre em colapso.

<sup>394</sup> ALBERGARIA, 2007, p. 18.

Como consequência do que fora apontado acima, os acordos são celebrados a partir da negociação que é realizada entre o Ministério Público e a defesa, com o juiz excluído dela.<sup>395</sup>

Em conclusão, é possível dizer que o juiz, no direito americano, anuncia existir base fática para as acusações acordadas; verifica se o acusado não está sob qualquer influência que vicie sua vontade; afere se ele compreende a acusação e as consequências de sua aceitação; e se ele tem a devida noção da implicação da não utilização de seus direitos processuais.<sup>396,397</sup>

De ser salientado que, caso não haja aceitação judicial do acordo, é dada a possibilidade de o acusado retirar sua concordância com os termos antes acertados.<sup>398</sup> Em tal acontecendo, o processo passa a ter ordinário seguimento, e o acordo não homologado não pode ser utilizado como prova contra o acusado – são mantidos intactos seus direitos processuais em tal situação.<sup>399</sup> Entretanto, caso não queira retirar sua vontade em celebrar o acordo, deve o acusado ser advertido de que o juiz pode, em sua sentença, prejudicar a situação daquele, visto que não estará mais obrigado a seguir a integralidade do acordo.<sup>400</sup>

Campeia em território americano, dessa forma, a ideia de que a negociação serve de ponto de equilíbrio à impossibilidade de solução judicial de todas as demandas e o caminho inverso da impunidade, o que representa, de fato, a legitimidade que o instituto necessita.<sup>401</sup> A isto, acresça-se a percepção de que uma redução nos acordos levará à necessidade de mais custos com a estrutura judicial e estatal ligadas à repressão criminal.<sup>402</sup>

Admite-se a negociação a partir do momento da formalização da acusação, com o reconhecimento de que ela pode ocorrer, inclusive, durante a execução da sentença condenatória prolatada.<sup>403</sup>

<sup>395</sup> RAPOZA, 2013, p. 211-212.

<sup>396</sup> RAPOZA, 2013, p. 214-216.

<sup>397</sup> A não utilização (*waiver*) do direito de proteção contra a autoincriminação (*privilege against compulsory self-incrimination*), de julgamento pelo júri (*right to trial by jury*) e de confrontar quem acusa (*right to confront one's accusers*) não pode ser presumida pelo silêncio do acusado, na medida em que não demonstra qualquer manifestação de vontade e de entendimento quanto ao acordo celebrado. Isto porque a *guilty plea* constitui em algo mais do que uma confissão, na medida em que há admissão de culpa, pelo que ao juiz resta determinar a punição. Para tanto, deve estar baseada na determinação confiável de sua voluntariedade, bem como da satisfação de direitos do acusado. Ao não se obedecer tal exigência, estará violado o devido processo legal – que compõe a 14ª Emenda à Constituição americana (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238 (1969), documento não paginado).

<sup>398</sup> *Rule 11(c)5 da Federal Rules of Criminal Procedure*.

<sup>399</sup> RAPOZA, 2013, p. 216.

<sup>400</sup> *Rule 11(c)5 da Federal Rules of Criminal Procedure*.

<sup>401</sup> ALBERGARIA, 2007, p. 47-48.

<sup>402</sup> MOHR, 2011, p. 7.

<sup>403</sup> Como ocorreu no caso *McKune v. Lile* 536 U.S. 24 (2002), quando foram propostas condições ao apenado Robert G. Lile poder realizar tratamento para agressores sexuais como parte de execução de sua pena. Dentre elas, havia a necessidade de que assinasse declaração com o reconhecimento de sua responsabilidade criminal tratada na condenação, bem como de suas outras atividades sexuais criminosas. Caso não aceitasse, perderia ele benefícios já obtidos, como visitas, acesso à televisão pessoal, trabalho, dentre outras. A proposta não foi aceita

Comenta-se que o sistema acusatório americano encontra-se em modificação. O Ministério Público tornou-se o grande protagonista, inclusive, na fixação das decisões. Isto porque o *Federal Sentencing Guidelines* (elaborada pelo *United States Sentencing Commission*, criado pela *Sentencing Reform Act* de 1984) delimita a discricionariedade quando da sentença, com o objetivo de evitar-se o tratamento diferenciado em situações assemelhadas, notadamente a partir de penas mínimas obrigatórias, o que acabou por reforçar o poder ministerial frente à atuação judicial.<sup>404</sup>

Ou seja, as orientações diminuíram a possibilidade de atuação judicial no momento da sentença, pois passou a um controle maior em prol da acusação. Esta, por sua vez, não teve sua *discretion* diminuída pelo mesmo ato, o que dá vasta vantagem no momento da negociação – apesar da possibilidade de recompensa ao acusado que confessa a prática delitiva.<sup>405</sup>

Apesar de referido instrumento legal previr regras para a atuação dos *prosecutors* a partir das acusações e das negociações, elas não produziram os devidos efeitos, já que também se admite a ocorrência de *Guidelines bargaining* – apesar da intenção delas em limitar a discricionariedade ministerial.<sup>406</sup> Em suma, elas não afetaram a discricionariedade do *prosecutor*, já que ela estabelece o conteúdo da acusação, o que lhe dá a possibilidade de manejar a acusação como melhor lhe interessar a sentença final.<sup>407</sup>

A presença da *Federal Sentencing Guidelines* possibilitou sua negociação em várias formas, como no que tange a um modo específico quanto à *charge bargaining*, bem como no que diz com a *guideline factor bargaining* (a partir dos termos da *Federal Sentencing Guidelines*), e até mesmo em uma *date bargaining* (negociação da data de ocorrência do fato criminoso para fugir da eventual aplicação mais severa das suas determinações).<sup>408,409</sup>

---

pelo condenado, sendo que o Poder Judiciário americano não reconheceu a alegação dele de que a proposta violaria seu direito fundamental de não promover sua autoincriminação e considerou legítima a oferta realizada (ALBERGARIA, 2007, p. 63-65).

<sup>404</sup> ALBERGARIA, 2007, p. 113.

<sup>405</sup> Albonetti (1997, p. 792) escreve: “The shift of discretion from judges to prosecutors under the guideline structure offers an avenue for prosecutors to undermine the goal of eliminating sentencing disparity linked to defendant characteristics. [...] the simultaneous elimination of judicial discretion and the increase in prosecutorial control over charging has created a case-processing system that places the prosecutor as the only actor in a position to offer sentence reductions. Prosecuting attorneys simply negotiate over the charge, knowing well the sentence range specified for that charge by the sentencing grid [...]”.

<sup>406</sup> SCHULHOFER; NAGEL, 1991, p. 218.

<sup>407</sup> SCHULHOFER; NAGEL, 1991, p. 218.

<sup>408</sup> SCHULHOFER; NAGEL, 1991, p. 221.

<sup>409</sup> De notar que há tendência moderna americana, por própria orientação do Procurador-Geral dos EUA, também chefe do Departamento de Justiça de lá, no sentido de orientar as acusações que envolvam entorpecentes para que deixem de indicar a quantidade de entorpecentes apreendidas, a partir de elementos de discricionariedade (como ausência de violência, ausência de armas e participação de menores, ausência de participação com grupos ou gangues, antecedentes judiciais de pequena monta), para que haja uma condenação de menor gravidade e, por



O sistema também é consequência da constatação de que, apesar do interesse em leis mais severas, os americanos também possuem interesse em formas de atenuação delas. Igualmente, há a necessidade de conciliação entre os custos dos *full trials* e a vontade do povo em pagar menos impostos, com o que se pode concluir que a *plea bargaining* é a plena demonstração de uma discricionariedade legal que serve para fins almejados pela sociedade.<sup>410</sup>

Não se desconsidera o alto custo financeiro exigido para fins de manutenção do sistema prisional e judiciário, pelo que o aprisionamento de todos os acusados, bem como a efetivação de todos os processos levaria a um custo que o Estado não teria condições de suportar. Assim, também existe a ponderação acerca dos casos que merecem ou não julgamento, na mesma proporção em que se observa a ocorrência de inúmeras soluções processuais em ambientes estranhos à sala de audiências, inclusive como forma de agilização dos processos, caminho encontrado na *plea bargaining*.<sup>411</sup>

Importante considerar que se experienciou o banimento da *plea bargaining* no Estado do Alasca em 1975, tanto no que tange à *charge*, quanto à *sentence bargaining*. O objetivo foi o de restabelecer a confiança no sistema, a partir da melhoria das habilidades processuais dos integrantes do Ministério Público. Em que pesem eventuais resultados positivos, como a inocorrência da inviabilização do sistema, não houve um declínio na aplicação de acordos, pelo que referido banimento completo não resistiu à década de 1990.<sup>412</sup>

Por outro lado, é apresentado que a maior quantidade de acusações e sua complexidade, dada a necessidade de maior número de diligências investigativas, implica em disponibilidade maior do acusado ao Poder Judiciário e, por consequência, retarda o momento de aceitação do acordo, ao contrário do que ocorre em delitos de menor complexidade (*cases involving property or drug cases*).<sup>413</sup> Cabe observar que os acusados que estão sob a tutela de *public defenders* aceitam os termos do acordo de forma mais célere do que aqueles que estão sob o patrocínio de *private attorneys*, muito em razão da carga de trabalho que tem o primeiro em relação ao segundo, mas também expressa que a relação entre *the courtroom work group* também acelera sua aceitação.<sup>414</sup>

---

consequente, começar um programa de redução da população carcerária (MELO, 2013, documento não paginado).

<sup>410</sup> ROSSET; CRESSEY, 1976, p. 7.

<sup>411</sup> ROSSET; CRESSEY, 1976, p. 34-35.

<sup>412</sup> GUIDORIZZI, 1998, p. 774-776.

<sup>413</sup> SACKS, 2011, p. 108.

<sup>414</sup> SACKS, 2011, p. 108.

Nesse estágio, calha apontar exigências feitas para a efetivação da *plea bargaining* ou do *nolo contendere*, nos termos da *Rule 11 Federal Criminal Rules* e que são de grande relevo, como segue nos parágrafos seguintes.

Sob juramento, o acusado deve ser informado e questionado acerca do direito de não alegar culpa (caso já alegada, de manter a alegação); do seu direito de ser julgado pelo júri; do direito de ser representado por defensor, particular ou fornecido pelo Estado; do direito de confrontar testemunhas (*cross examination*), de não se autoincriminar, de prestar interrogatório, de apresentar evidências e de arrolar testemunhas; da possibilidade do acusado dispor de tais direitos caso haja aceitação da *plea bargaining* ou do *nolo contendere*; da natureza das acusações existentes e das que restam acordadas; da quantidade e do tipo de pena atinentes aos fatos, bem como de eventuais efeitos acessórios; da possibilidade do juízo realizar alguma avaliação em especial no caso apresentado, mesmo com acordo havido; e da questão atinente à eventual disposição do direito de formular apelação.<sup>415</sup>

Ato contínuo, deve ser certificado que o acusado adere ao acordo de forma voluntária, consciente e inteligente, e que ele não resulta de qualquer forma de imposição, ameaça ou promessa diversa das que estão estabelecidas nos termos da negociação, em qualquer de suas formas.<sup>416</sup>

Sobre a questão da voluntariedade e consciência, tal ganha forte relevo porque é patente o não ferimento da cláusula do devido processo legal contida na 14<sup>a</sup> Emenda à Constituição americana quando o órgão de acusação cumpre com promessa de oferecimento de acusação mais gravosa contra o acusado que não aceita o acordo quando tal situação foi

---

<sup>415</sup> De serem observadas orientações que advém American Bar Association. No *Standard 14-1.4* (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 1999, p. 2), nenhum acordo deve ser realizado sem que tenha o acusado a possibilidade de obter orientação por seu defensor, inclusive para melhor compreender o alcance de sua manifestação, em prazo razoável para deliberação. Já no *Standard 14-1.4, IV* (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 1999, p. 2), vem previsto o dever do *prosecutor* de provar a culpa além de uma dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*). E também o acordo deve revelar a natureza e os elementos da conduta criminosa, bem como os termos e as condições dele, o que inclui a quantidade de pena, conforme *Standard 14-1.4, I* (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 1999, p. 2). Ainda, deve ser preservada a devida administração da justiça, de acordo com o *Standard 14-1.6* (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 1999, p. 4).

<sup>416</sup> Outras orientações da American Bar Association mostram-se cabíveis. Conforme o *Standard 14-1.1* (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 1999, p. 1), o acusado deve manifestar-se pessoalmente, salvo quando se tratar de corporação comercial, que deverá se fazer representada por quem de direito. Inclusive, há a necessidade de fazer o acusado repetir os termos do acordo e as informações prestadas acerca de seus direitos processuais como forma de aferir que ele tem a devida compreensão do que se passa, de acordo com o *Standard 14-1.4, 'b'* (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 1999, p. 3). Isto também reflete uma imposição apontada pela Suprema Corte americana, no sentido de que o interrogatório do acusado surge como uma garantia sua para efetivação do acordo (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971), documento não paginado).

mencionada durante a própria negociação. Situação esta que também reforça a necessidade dos devidos registros públicos e da presença do defensor.<sup>417</sup>

Igualmente, deve ser aferida pelo julgador a base fática dos termos do acordo, especialmente no que diz com o fato típico praticado.<sup>418</sup>

Ainda conforme estabelecido na *Rule 11(g)* da *Federal Criminal Rules*, o acordo deve ser registrado e ser divulgado pelo juiz em uma *open court* (salvo quando houver uma situação de interesse público que determine o contrário).

As partes (acusação e defesa) estão vinculadas aos termos do acordo que celebraram.<sup>419</sup> Caso a acusação queira quebrar o acordo, a defesa deve ser informada para que mantenha interesse em nova negociação. A defesa pode quebrar o acordo antes que ele seja aceito pelo juízo; uma vez já aceito, somente quando for prevista tal possibilidade ou quando houver demonstração de qualquer razão justa e lícita para sua invalidação, como quando firmado por pessoa não autorizada para tanto ou demonstrar que não fora realizada de forma voluntária.<sup>420,421</sup> Uma vez prolatada a sentença, o acordo (*guilty plea* ou *nolo contendere*) não pode mais ser retirado, salvo se houver alguma determinação em algum procedimento judicial posterior que demonstre qualquer invalidade dele (*Rule 11 (e)* da *Federal Rules of Criminal Procedure*).

De ser reiterado o entendimento de que não se pode utilizar os termos da tentativa de acordo como elemento de reconhecimento da culpabilidade do acusado quando o acordo não se perfectibiliza.<sup>422</sup>

---

<sup>417</sup> Como se extrai de Estados Unidos. Supreme Court. *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978), documento não paginado. Ademais, a devida orientação do defensor é extremamente relevante, na medida em que descabe qualquer retirada de vontade por parte do acusado quando este alega erro de avaliação quanto à viabilidade de sucesso do caso investigado ou acerca da probabilidade de punição se houvesse julgamento conforme as regras do *full trial*, conforme Estados Unidos. Supreme Court. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970), documento não paginado.

<sup>418</sup> Seja no caso de *guilty plea*, seja no caso de *nolo contendere*, deve o juiz realizar todas as investigações e inquirições que se mostrarem necessárias para confirmar a base fática dos acordos, conforme o *Standard 14-1.6* (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 1999, p. 4).

<sup>419</sup> A Suprema Corte americana já manifestou haver unidade entre os membros que integram *the staff of the prosecution*, pelo que deve ser presumido o conhecimento do acordo celebrado e devidamente registrado praticado por um de seus integrantes. Assim, não pode o membro subsequente modificar os termos praticados pelo primeiro para agravar a situação do acusado, especialmente porque o acusado entabulou o acordo em uma situação mais favorável a si (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971), documento não paginado).

<sup>420</sup> KOBOR, 2008, p. 77.

<sup>421</sup> Conforme a *Rule 11(d)* da *Federal Rules of Criminal Procedure*. A American Bar Association (1999, p. 5-6) - nos termos do *Standard 14-2.1*, estatui que o juiz deve considerar qualquer alegação apresentada pelo acusado e que leve à retirada de sua vontade para reparar evidente injustiça. P. ex.: a ausência de aconselhamento por defesa técnica, ser ela involuntária ou não ter havido a consciência necessária de seus termos, o não cumprimento dos termos pela acusação.

<sup>422</sup> Conforme American Bar Association (1999, p. 6-7) - nos termos do *Standard 14-2.2*.

A sentença ainda permanece como ato do juiz, inclusive na fixação da pena, mas a regra é a observância dos termos do acordo; as acusações que são afastadas podem, porém, servir de agravantes no momento da fixação da pena; caso o acordo seja afastado, o juiz está livre para apreciação.<sup>423,424</sup> O acordo tem o mesmo efeito de uma condenação formalmente realizada, o que impede uma segunda persecução (*double jeopardy*) sobre o mesmo fato, nos termos da 5ª Emenda, inclusive no que diz com a invalidação dele, que presume os termos da *plea bargaining* como limitação em favor do acusado. Eventuais acusações retiradas são tidas como absolvidas.<sup>425</sup>

Conforme a *Rule 11(c)(1)(A)(B)(C)* da *Federal Rules of Criminal Procedure*, o *prosecutor* pode seguir uma das situações que são elencadas: o afastamento/arquivamento de outras acusações; realizar uma recomendação ou concordar em não apresentar oposição aos requerimentos defensivos para uma determinada sentença, mas com a ressalva de que tal concordância não vincula o juízo;<sup>426</sup> e concordar que uma determinada sentença seja apropriada para o caso concreto.<sup>427</sup>

Há de ser observado que a primeira e a terceira hipóteses referidas no parágrafo anterior admitem a retirada da vontade do arguido na celebração do *plea bargaining*, pelo que sempre são realizadas com a condição da aceitação judicial posterior (já que não pode o *prosecutor* compelir o juízo a aceitar os termos do acordo), enquanto que a segunda não permite que tal seja realizada, mesmo que não seguida a recomendação exposta.<sup>428,429</sup>

São apresentadas críticas como seguem:<sup>430</sup>

- a) a *plea bargaining* é vista como um abuso do sistema criminal, já que a base fática é negligenciada sem maiores preocupações, pelo que se limita à

<sup>423</sup> KOBOR, 2008, p. 80.

<sup>424</sup> Importante notar que a American Bar Association (1999, p. 4-5), *Standard 14-1.8*, estabelece que o juiz deve observar várias condições no momento de aferir o montante de pena, que não deve ser reduzida pelo simples fato de o acusado aceitar a *guilty plea* e/ou o *nolo contendere*. Para tanto, importam o real arrependimento do arguido frente ao fato praticado e sua verdadeira intenção em assumir a responsabilidade dele; e se o acusado consentiu em prestar devida colaboração com os interesses da justiça, dentre outros.

<sup>425</sup> KOBOR, 2008, p. 81.

<sup>426</sup> Ainda assim, como regra geral, há aceitação da proposta, mesmo que não vinculativa, porque existentes interesses em fomentar a celebração de acordos, ainda mais para eventos futuros (SIGMAN, 1999, p. 1324).

<sup>427</sup> Sigman (1999, p. 1317) explica que a primeira situação se caracteriza por representar uma *charge bargaining*, enquanto que as outras duas representam hipóteses de *sentence bargaining*. São os termos apresentados na *Rule 11(c)1* da *Federal Rules of Criminal Procedure*.

<sup>428</sup> SIGMAN, 1999, p. 1317.

<sup>429</sup> São os termos apresentados na *Rule 11(c)(3)(5)* da *Federal Rules of Criminal Procedure*.

<sup>430</sup> Thaman (2010, p. 329-330) entende que o sistema da *plea bargaining* americana é coercivo, pois as penas lá existentes são deveras rígidas, o que força os acusados a aceitarem as propostas manejadas pelo *prosecutor*, a quem o sistema confere largo poder (*sentence and charge bargaining*), como forma de evitarem os resultados mais dramáticos em um procedimento com resultado incerto e de graves consequências.

resolução de casos, não a analisar a verdadeira responsabilidade do acusado, e funciona a partir de uma ameaça ao acusado;<sup>431</sup>

- b) o maior poder estabelecido em prol do órgão acusatório, pois pode haver manipulação da acusação para o acordo (como na *overcharging*, que pode ser **vertical**, com uma qualificação jurídica do fato a maior do que a praticada ou com inclusão de consequências jurídicas mais gravosas ao acusado; e/ou **horizontal**, com a inclusão de tantos fatos quantos possíveis dentro daquilo que vem afirmado na investigação) ou recomendações de sentença mais gravosas, especialmente porque não é possível modificar a acusação quando houver a emissão do *indictment* ou do *information*. Além disto, não há a obrigação da acusação divulgar qualquer prova da qual tenha conhecimento e que possa beneficiar a acusação;<sup>432,433</sup>
- c) um enfraquecimento defensivo (*weak position of defense*), já que haveria poucas possibilidades da defesa, na medida daquilo que já fora apresentado sobre o poder concedido ao *prosecutor*;<sup>434</sup>
- d) o poder em prol do juízo (*judicial power*), pois pode o acusado receber uma pena mais exacerbada frente àquela que receberia na finalização do acordo, o que seria uma punição por ter o acusado optado pela utilização de direitos, o que seria absolutamente atentatório ao sistema;<sup>435</sup>
- e) a desconsideração de bases fáticas (*disregard of factual basis requirement*), porque estabelece a condenação sem a necessidade de que haja prova formalmente constituída para tanto, em detrimento da investigação e da demonstração de culpa. Existente, portanto, o temor de que haja condenação de inocentes mediante acordo, pelo tão só fato de que o acusado pode preferi-lo para logo livrar-se da responsabilidade e, mais ainda, livrar-se do risco que um processo impõe.<sup>436</sup>

---

<sup>431</sup> KOBOR, 2008, p. 82.

<sup>432</sup> KOBOR, 2008, p. 83-85.

<sup>433</sup> Salienta a autora, na mesma explicação, que há a necessidade de existência de um pedido da acusação para que haja a redução. Igualmente, adiciona que a acusação não possui o dever de divulgar qualquer prova, conforme entendimento da Suprema Corte americana (KOBOR, 2008, p. 87).

<sup>434</sup> KOBOR, 2008, p. 88.

<sup>435</sup> KOBOR, 2008, p. 89.

<sup>436</sup> KOBOR, 2008, p. 90-92.

A Suprema Corte americana reconheceu a essencialidade dos acordos de sentença para o sistema americano,<sup>437</sup> com a compreensão de que a ele se aplicam princípios de contrato, notadamente porque o *prosecutor* deve cumprir com as promessas estabelecidas quando da celebração, especialmente no que tange aos elementos de voluntariedade (ausência de ameaças e de qualquer forma de deturpação) e de compreensão (consciência da natureza da acusação e de suas consequências) – o que deve ser aferido pelo juízo.<sup>438</sup>

### 3.2 A *civil law* e o modelo continental europeu

Importante para o presente estudo é compreender algumas noções acerca do sistema continental europeu, mormente por sua diferenciação em relação ao sistema adversarial, que será visto adiante, e seus reflexos no contexto brasileiro.

Historicamente, o sistema continental, conforme as explicações tradicionais, integra o sistema da *civil law*, mas não se limita a isto a diferenciação em relação ao sistema adversarial. Aqui, o juiz possui uma participação maior na investigação,<sup>439</sup> com o representante do Ministério Público em uma postura aproximada a de um magistrado, com interesse na busca pela verdade, que se dará com a maior aproximação possível daquilo que, no mundo fático, foi o sucedido, a despeito do que tanto a acusação como a defesa tenham concordado acerca do objeto do processo.<sup>440</sup> Como regra, a confissão não é tomada como forma de extinção do processo, já que ao juiz compete a decisão final quanto à culpa do acusado, pelo que é exigida a finalização integral do processo para sua definição (por atuar o juiz de forma ativa, a acusação e a defesa possuem uma menor participação na atividade persecutória se comparada com o sistema adversarial).<sup>441</sup>

É possível destacar que, no sistema continental europeu, a persecução é realizada de forma oficial pelos órgãos de Estado para a aferição de uma verdade mais próxima da

---

<sup>437</sup> A título de exemplo: “Whatever might be the situation in an ideal world, the fact is that the guilty plea and the often concomitant plea bargain are important components of this country's criminal justice system. Properly administered, they can benefit all concerned. The defendant avoids extended pretrial incarceration and the anxieties and uncertainties of a trial; he gains a speedy disposition of his case, the chance to acknowledge his guilt, and a prompt start in realizing whatever potential there may be for rehabilitation. Judges and prosecutors conserve vital and scarce resources. The public is protected from the risks posed by those charged with criminal offenses who are at large on bail while awaiting completion of criminal proceedings.” (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Corbitt v. New Jersey*, 439 U.S. 212 (1978), documento não paginado).

<sup>438</sup> SIGMAN, 1999, p. 1322.

<sup>439</sup> O juiz é o terceiro imparcial que, de forma profissional, está interessado na persecução da verdade (WEIGEND, 2003, p. 160).

<sup>440</sup> LANGER, 2010, p. 48.

<sup>441</sup> LANGER, 2010, p. 29.

acontecida quando do fato,<sup>442</sup> bem como que a atividade de julgamento é concentrada na figura do juiz ou no corpo de juízes.<sup>443</sup>

É o que se compreende de uma concepção liberal aceita no continente europeu, pela qual o Estado é o monopólio da justiça, com o fito de garantir a igualdade na aplicação da lei, com impedimento da vindita privada – portanto, a regra seria a de qualquer impossibilidade de convenção das partes sobre o tipo de pena, seu *quantum*, seu momento, dentre outras, dada a necessidade de formulação de um juízo sobre o (des)valor ético-social da conduta por um terceiro imparcial (prevenção geral).<sup>444</sup>

Contudo, não está ele imune à importação de institutos originários da *common law*. No caso, a importação demanda discussões de porte, já que as premissas dos sistemas são diversas: no sistema continental, criou-se um respeito a determinadas garantias e princípios dentro da legalidade, da culpabilidade pelo ato, da proporcionalidade da pena (do que decorrem as regras de irretroatividade da lei penal, do *favor rei*, do *in dubio pro reo*, do *nemo tenetur*); ao passo que o outro sistema embasou-se na celeridade, na eficácia e na economia processual, com partes que se enfrentam processualmente com forte poder de disposição de direitos, de garantias, de coleta de prova, dentre outros.<sup>445</sup>

A negociação de sentença criminal, no sistema continental europeu, não apresenta discricionariedade na atuação do Ministério Público, que somente pode deixar de dar seguimento a uma investigação se não houver elementos que suportem esta decisão, como a inexistência do fato ou a não participação do acusado. Como regra, a confissão é um elemento de prova, mas não o elemento que confirma a demonstração da verdade buscada, que deve ser dita pelo juiz, e não pode decorrer de acordo entre as partes,<sup>446</sup> já que o caso e as provas pertencem ao processo e, por consequência, ao juízo, a quem é acometido o dever de dizer a verdade.<sup>447,448</sup>

<sup>442</sup> Em um sistema que se volta pela proteção de direitos individuais, o juiz está prejudicado na busca da verdade quando aquele que a possui não se mostra interessado na cooperação, especialmente a partir da consideração de que o acusado não é mais visto como objeto, mas como sujeito do processo, e a verificação dela dependerá muito do maior ou menor interesse do arguido em que ela seja revelada (WEIGEND, 2003, p. 161).

<sup>443</sup> LANGER, 2010, p. 23.

<sup>444</sup> GALAIN PALERMO, 2010, p. 825-826.

<sup>445</sup> Galain Palermo (2010, p. 828-829), que também sintetiza: o sistema continental está vinculado aos princípios rígidos do Estado de Direito e em suas autoridades; o sistema da *common law* atrela-se na confiança dos indivíduos e nas estruturas sociais.

<sup>446</sup> LANGER, 2010, p. 29.

<sup>447</sup> LANGER, 2010, p. 48.

<sup>448</sup> Nesse sistema, o juiz possui uma competência probatória distinta das partes; há a crença na virtude de tal atividade oficiosa para o alcance da verdade, como se observa do artigo 340º, nº 1, do Código de Processo Penal português e do § 244, II, StPO (MESQUITA, 2010, p. 56-57).

Conforme pondera Langer,<sup>449</sup> na atualidade, há grande interesse de aplicação do instituto em países que adotam o sistema continental e, por extensão, estão dentro da *civil Law*. Isto se dá, especialmente, porque há um considerável crescimento na taxa de cometimento de crimes em tais países, o que afeta a volume de serviço, que precisa ser melhor manejado em um prazo mais célere, o que seria facilitado com a concordância do acusado. Entretanto, a inclusão de tal instituto, assim como de outros previstos no sistema americano, pode ensejar uma modificação na compreensão da *civil Law* e, mais precisamente, na própria compreensão das figuras dentro do processo, com a concessão de maior participação e poder das partes e assunção de uma passividade pelo juízo.

A par do que fora exposto acima, o sistema de negociação de sentença criminal encontrou amparo dentro do continente europeu. Inobstante, há detalhamentos concernentes a uma outra forma de apreciação do processo penal. Assim, imprescindível a apreciação no presente trabalho

### **3.2.1 As disposições da União Europeia**

Antes de trazer um panorama específico de alguns países que compõem ou foram influenciados pelo sistema continental europeu, cabe apresentar o que a União Europeia tem estabelecido e que apresenta pertinência com o tema ora estudado.

Como não poderia deixar de ser, a pedra de torque da presente análise é a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, naquilo que interessa aos acordos em processo penal, porque serão refletidos, em maior ou menor grau, nos países que serão listados adiante.

Em seu artigo 5º, nº 1, estabelece o direito à liberdade, que somente poderá ser privada se houver obediência a um procedimento legal. O procedimento deve ser realizado em um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, em julgamento público, conforme critérios estabelecidos em lei (artigo 6º, nº 1).

A Convenção garante o manejo do recurso perante a instância nacional (artigo 13º), que, conforme o artigo 2º, nº 1, do Protocolo nº 7 à Convenção, consiste no direito de que a pessoa declarada culpada por uma infração penal obtenha o reexame, em uma jurisdição superior, de sua condenação.

Inevitavelmente, reconhece a presunção de inocência, que somente pode ser afastada quando demonstrada a culpabilidade do acusado (artigo 6º, nº 2), com o reconhecimento de

---

<sup>449</sup> LANGER, 2010, p. 48-49.



direitos processuais (nº 3), tais como a disposição de tempo e de meios para preparação da defesa, o direito de ser defendido por advogado próprio ou indicado pelo Estado, o de confrontar a acusação e o de produzir prova a seu favor.

Também se mostra assegurado o direito à liberdade de expressão (artigo 10º, nº 1 e 2), pelo qual resta garantido o direito de expor sua opinião, de transmitir informações e ideias. Referida liberdade pode ser limitada, dentre outras, para defesa da ordem, da prevenção de crimes e para garantia da autoridade e da imparcialidade judicial.

Fora do âmbito da Convenção, o primeiro diploma comunitário a ser citado é a Recomendação nº R(87) 18, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 17 de setembro de 1987. Surgiu ela em razão das preocupações havidas em prol da simplificação do sistema de justiça criminal – sempre salientando que se tratam de recomendações, pois no seu próprio teor consta a necessidade de respeito aos interesses de cada Estado-membro.

Da leitura de sua exposição introdutória, é possível citar algumas das linhas mestras de sua redação final. Nela, constam, portanto:

- a) a consideração do aumento do número dos casos criminais apresentados ao Poder Judiciário, em especial aqueles que possuem penas menores, e as consequências que isto impõe ao processo criminal comum; e
- b) que os atrasos havidos na administração da justiça podem ser remediados com a destinação de recursos e sua devida administração, mas também podem e devem ser enfrentados através de prioridades de política criminal, que podem incluir a discricionariedade na persecução,<sup>450</sup> a previsão de procedimentos sumários e simplificados, a criação de alternativas à persecução e a também simplificação do procedimento ordinário em âmbito judicial.

E, como soa relevante, a existência de tais procedimentos jamais pode impedir o direito do acusado de trazer seu caso à devida apreciação judicial, na medida em que deve ele ser orientado do direito de ignorar e recusar qualquer oferta.

Relativamente aos procedimentos sumários, bem como no que diz com as alternativas à persecução, são apontadas providências como a fixação de sanções prioritariamente em caráter pecuniário fixadas em lei ou em valor certo. Entretanto, a Recomendação salienta que eventual sanção que restrinja o exercício de direitos deve ser devidamente fixada em lei.

---

<sup>450</sup> Sobre a questão relativa à discricionariedade, tal será apontada em momento específico no presente trabalho.

Por ela, também é possível a inclusão de sanções que compreendam o pagamento de quantias em prol de entidades públicas ou de caridade, a devolução dos bens obtidos quando da prática do crime, e a devida compensação da vítima.

Ainda, cumpre observar a previsão de que, para fixação de tais sanções, admite a Recomendação a expressão de uma vontade do agente criminoso para tanto, ainda que de forma tácita (neste caso, devem ser adotadas providências no sentido de que seja evitada qualquer forma de confusão na sua compreensão). Uma vez expressada tal vontade e cumpridas as condições especificadas, estará preclusa a possibilidade de exercício da ação penal.

Entretanto, salienta a própria recomendação, que todas as diretrizes e punições devem estar devidamente previstas em diplomas legais, justamente para que não se fira o princípio da igualdade perante a lei.

Já no que diz com os procedimentos simplificados, autoriza a previsão de procedimentos como a *penal order*, que deve ter caráter escrito, com a dispensa da audiência de instrução e que conduz a uma decisão equivalente à sentença (posteriormente ao consentimento do acusado e conduzirá a todas as consequências legais de condenação). Referida *penal order* deve conter informações necessárias para o acusado compreender a acusação e as consequências do procedimento, além de estabelecer prazo suficiente para que ele busque as orientações pertinentes.

Pode, por óbvio, haver recusa e oposição à *penal order*, e tal não precisa ser justificada (em respeito à presunção de inocência presente na Convenção). Caso haja, deve ser realizado o procedimento aplicável para apuração de eventual responsabilidade pela prática do fato.

Também se admite a possibilidade de o acusado vir a requerer a dispensa da audiência de instrução e posterior aplicação de uma penalidade alternativa, com a concordância do órgão responsável pela acusação e a compreensão do juízo de que referida solicitação é pertinente ao caso concreto.

Ressalva, porém, que não pode haver qualquer sentença de prisão nesse tipo de procedimento.

Também a Recomendação se expressa acerca das chamadas *guilty plea*. Ao versar sobre ela, diz que, primeiramente, o acusado deve comparecer publicamente junto à Corte para afirmar se aceita a acusação contra si apresentada, com privilégio de que isto seja feito em estágios iniciais (caso assim seja, deve ser analisada a necessidade de alguma complementação investigativa). Caso apresentada a concordância defensiva, superadas

eventuais outras questões complementares, deve o juiz impor sentença e fixar compensação, caso for.

São exigências previstas na Recomendação: a realização da *guilty plea* em uma corte, em ato público; necessariamente, deve haver uma aceitação do arguido frente à acusação existente contra ele; e antes de proceder à sentença, o juiz deve ouvir as duas partes envolvidas.

Quando ainda se fizer necessária a realização de audiência, apesar da vontade concordante do acusado em relação à imputação, sugere a Recomendação que ela seja feita, exclusivamente, para fins de estabelecimento dos fatos, sempre considerando o que fora produzido até então. Vê-se, assim, uma forma de verificação da culpabilidade aceita dentro dos limites da convenção.

Ainda, aconselha que as audiências sejam realizadas com dispensa de formalidades desnecessárias e que eventuais nulidades sejam declaradas apenas quando a formalidade dispensada for imprescindível para a apuração da verdade, com verdadeiro dano aos interesses da defesa e da acusação.

Como bem sintetiza a doutrina, reconhece-se, a partir dos documentos europeus, o direito do arguido de tomar conhecimento das provas, em contraditório, de se manifestar no processo, de estar presente em audiência e de nelas opinar, e de tomar posição no processo, inclusive no que tange às provas do fato que pesem contra si, com a concessão de prazo suficiente para a defesa. Para tanto, igualmente, faz-se necessária a informação suficiente e completa sobre os fatos apurados e imputados, com seu respectivo significado jurídico, salvo nas hipóteses em que a ciência do acusado possa frustrar determinado espaço de investigação.<sup>451</sup>

Saindo do âmbito legislativo, relevante considerar que reconheceu a Corte Europeia de Direitos Humanos características importantes que demonstram as vantagens da negociação em prol do réu. São citadas a substancial redução de pena e a impossibilidade de haver recurso da acusação contra a decisão de condenação, salvo se houver alteração da tipificação da ofensa penal.<sup>452</sup>

Em adição, no caso *Bell v. The United Kingdom*,<sup>453</sup> foi decidido que, quando houver admissibilidade de desistência dos direitos consagrados na Convenção Europeia, ela não pode

---

<sup>451</sup> AMBOS, 2008, p. 82-83.

<sup>452</sup> UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case of Scoppola v. Italy (nº 2, application nº 10249/03), p. 34.

<sup>453</sup> UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Fourth Section. Case *Bell v. United Kingdom* (application nº 41534/98), documento não paginado.

contrariar interesses públicos, necessita ser inequívoca e requer garantias mínimas proporcionais à importância da desistência.<sup>454</sup> Igualmente, que a ausência de representação legal em prol do acusado (leigo) durante seu julgamento sumário acordado caracterizara violação aos termos da Convenção antes expostos.

A título de relevância que justifica a adoção de tal procedimento negocial, vale considerar a situação na qual o acusado acaba por se beneficiar com redução de sua pena e, ao mesmo tempo, confessa a prática delitiva ou apresenta consideráveis elementos de cooperação com a atividade policial ou com a perseguição penal.<sup>455,456</sup>

Em suma, é possível concluir que os acordos que resultem em sentença criminal condenatória são tidos como pertinentes à Convenção no âmbito da União Europeia, assim, como com as causas de legitimação voltadas à autonomia do indivíduo e à celeridade processual.

### 3.2.2 O modelo alemão: *Absprachen* (acordos) e *Verständigung* (entendimentos)

Como sabido, a Alemanha pertence ao sistema da *civil Law*, situação na qual as leis são criadas por atividade legislativa (positivadas, portanto) para serem utilizadas nos casos concretos. As Cortes não são as fontes primárias de direito. Contudo, as decisões são utilizadas como parâmetros de interpretação e concretização dele. O Direito é criado através de princípios gerais, não por resultado dos julgamentos de casos. A linguagem legal é abstrata.<sup>457</sup>

Como será visto mais adiante, a negociação de sentença criminal alemã surgiu em uma inversão de tais características, pois veio da praxe judiciária e somente restou regulamentada, por texto legal, em 2009.

Trazendo tais conceitos para o processo penal, temos que o ordenamento alemão está assentado na busca pela verdade material e a correta decisão ao caso concreto, com o acusado presumido inocente até a demonstração de sua culpa. Na fase processual, o juiz, de forma independente e imparcial, também participa da busca desta verdade, lastreado nos princípios da publicidade, oralidade e imediação, além da compreensão de que o arguido é um sujeito

<sup>454</sup> Na mesma linha, União Europeia. European Court of Human Rights. Fifth Section. Case Litwin v. Germany (application nº 29090/06), documento não paginado.

<sup>455</sup> UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Fifth Section. Case Litwin v. Germany (application nº 29090/06), documento não paginado.

<sup>456</sup> No caso indicado na nota anterior, a Corte entendeu que foram adotadas todas as providências exigidas para a proteção dos interesses processuais do acusado, pelo que reconheceu a existência de voluntariedade e de consciência exigida para tanto.

<sup>457</sup> KOBOR, 2008, p. 105-106.

processual.<sup>458</sup> A isto, adiciona-se a noção de que há um procedimento de cunho preparatório, controlado pelo Ministério Público.<sup>459</sup>

No processo penal alemão, vige o princípio da investigação (*Instruktionsmaxime*) e o princípio da verdade material (*das Prinzip der materiellen Wahrheit*).<sup>460</sup>

Entretanto, o sistema alemão possui um importante detalhamento histórico<sup>461</sup> que merece um especial comentário.

O StPO surgiu como consequência da Constituição Imperial de 1871, artigo 4º, nº 3, com promulgação e vigência no ano de 1877<sup>462</sup> (por certo, foi ele alvo de modificações posteriores,<sup>463</sup> inclusive por razões políticas, como o surgimento do *Reich* nazista<sup>464</sup>). Contudo, após a Segunda Grande Guerra, com a divisão da Alemanha entre as quatro potências vencedoras (Estados Unidos, França, Inglaterra e União Soviética), surgiu a chamada Lei de Unificação de 1950, relativa às zonas formadas pelos três primeiros países citados, que acabou por revogar as modificações acontecidas no período do nacional-socialismo, com a inclusão do respeito à dignidade da pessoa humana junto ao processo penal (StPO, § 136a).<sup>465,466</sup> Portanto, fez-se presente a influência americana no desenvolvimento do processo penal germânico do pós-guerra, o que ajudará a compreender o desenvolvimento dos acordos em tal sistema.

De lá para cá, inúmeras modificações foram nele realizadas, com um incremento da atuação do Ministério Público, das atuações investigativas, manutenção da estrutura inquisitorial, novos direitos defensivos, dentre outros. Com isto, houve uma maior

<sup>458</sup> KOBOR, 2008, p. 106-108.

<sup>459</sup> SCHÜNEMANN, 2013, p. 299-300.

<sup>460</sup> GALAIN PALERMO, 2006, p. 49.

<sup>461</sup> De ser observado que o direito alemão teve influência das concepções inquisitivas na sua formação histórica. O marco da recepção do direito romano na Alemanha aconteceu com *Peinliche Gerichtsordnung Karl V*, ou, como mais conhecida, *Constitutio Criminalis Carolina*, com ainda vinculações religiosas, mas com o fito de implementar a paz pública não conseguida com os documentos legais que a antecederam. Dentre outras características, havia a possibilidade de aplicação de um julgamento sumário sempre que o acusado fosse confesso – claro que, ainda que de maneira restrita na admissão, a tortura acabara por justificar muitas das confissões havidas, mas sua realização sempre deveria ser precedida de uma investigação prévia. Porém, o acusado tinha direito a um defensor, que poderia apresentar argumentos, diligências e outros meios que fossem voltados à sua tese (ANDRADE, 2013, p. 331-335).

<sup>462</sup> ANDRADE, 2013, p. 341-342.

<sup>463</sup> Já nos anos de 1918/1919, com a República de Weimar, houve uma tendência para as reduções de custos e o fortalecimento de sistemas inquisitoriais, o que levou à abolição do júri e a redução dos juízes leigos (SAFFERLING; HOVEN, 2014, p. 2).

<sup>464</sup> De salientar que o regime nacional-socialista não conseguiu alterar as regras do StPO de 1877, mas acabou por implantar alternativas às cortes ordinárias (“cortes extraordinárias” - *Sondergerichte*) e as cortes populares (*Volksgeschichtshof*), que serviram de suporte para inúmeras acusações de cunho político que tinham forte eficácia. Igualmente, o governo nazista monitorava fortemente os julgamentos antes das alternativas expostas (SAFFERLING; HOVEN, 2014, p. 2).

<sup>465</sup> ROXIN, 2003, p. 570.

<sup>466</sup> Tanto o Estado como o indivíduo devem considerá-lo como núcleo do qual não há possibilidade de alienação (MESQUITA, 2010, p. 15).

complexidade do processo criminal germânico, especialmente em face de novos crimes, o que começou a fomentar uma hipótese de colapso no sistema.<sup>467</sup>

Para o trabalho ora em pauta, é importante apresentar que a regra alemã prevê a legalidade, que obriga ao Estado à persecução quando conhecido o fato punível.<sup>468</sup> Reconhece-se que há exceções ao seu cumprimento, mas apenas na fase processual, nunca na etapa investigativa policial.<sup>469</sup> No âmbito da criminalidade leve e média, existem atenuações à regra da obrigatoriedade<sup>470</sup> em quatro variantes: quando houver insignificância no fato e desinteresse estatal na sua punição; quando o interesse estatal puder ser resolvido de outra forma; quando a ele forem apresentados interesses estatais prioritários; e quando a persecução penal puder ser levada a cabo pelo próprio ofendido (onde prevalece a oportunidade de forma mais cristalina).<sup>471</sup>

A insignificância pode ser absoluta (culpabilidade reduzida do autor e fato de pequena relevância, o que justifica o desinteresse estatal na persecução, bem como quando o Tribunal puder prescindir da pena, nos termos do § 153 e do § 153b do StPO) ou relativa (quando a pena a ser imposta carecer de repercussão em vista de uma outra pena ou medida já determinada; quando da existência de vários fatos independentes e/ou vários autores e/ou se para algum deles não houver previsão de julgamento em um prazo razoável).<sup>472</sup>

Como visto anteriormente, trata-se de uma hipótese de diversão simples.

Nesta hipótese, a atuação do Ministério Público independe da vontade do acusado, apesar de não estar impedida a reabertura do processo em momento posterior. A disposição em comento vale para qualquer delito que se encaixe em tal circunstância. Não há discricionariedade absoluta na atuação ministerial, pois são estabelecidas diretrizes para sua aplicação em cada *Länder*, bem como guarda relevância saber o montante do dano e as indicações pessoais do acusado acerca da prevenção para novos delitos.<sup>473</sup>

<sup>467</sup> SAFFERLING; HOVEN, 2014, p. 2.

<sup>468</sup> De ser salientado que a vítima de um delito pode recorrer ao Judiciário para que obrigue o Ministério Público a dar seguimento à persecução penal caso haja recusa deste, ou quando houver arquivamento da investigação iniciada a pedido dela (StPO, artigo 170 e seguintes), o que acaba por demonstrar a existência de resquício inquisitivo no país em pauta (ANDRADE, 2013, p. 341-342).

<sup>469</sup> ROXIN, 2003, p. 90.

<sup>470</sup> Torrão (2000, p. 234), que define como *oportunidade regrada*. Como expõe Kobor (2008, p. 134), sua utilização depende de possibilidades legalmente estabelecidas, inclusive com a necessidade de concordância de superiores hierárquicos (existe hierarquia no Ministério Público alemão), bem como com a concordância judicial. Da mesma forma, eventual ocorrência de *horizontal and vertical charge bargaining* não pode ter o alcance do sistema americano.

<sup>471</sup> ROXIN, 2003, p. 90.

<sup>472</sup> ROXIN, 2003, p. 90-91.

<sup>473</sup> Elsner e Peters (2006, p. 220), que entendem haver falta de interesse público na persecução.

Caso a acusação já tenha sido proposta, o juízo necessitará da concordância dos sujeitos processuais (§ 153, nº 2, do StPO).

A hipótese de o interesse estatal vir suprido por outra forma está elencada no § 153a do StPO, através da imposição de condições, que são estabelecidas nos termos do artigo mencionado.<sup>474</sup> Cumpridas as condições estabelecidas, não pode mais ser processado por aquele fato, da mesma forma que a imposição de tais condições não estabelece qualquer juízo de reconhecimento quanto à culpabilidade.<sup>475,476</sup> Surge quando não houver maior consequência do fato e a culpa do agente assim justificar, pelo que pode o Ministério Público suspender o processo para que o acusado, ao invés de responder ao feito, cumpra determinadas condições que resultariam, ao final de seu adimplemento, a extinção dele, sem qualquer formalização quanto à culpa.<sup>477</sup>

A hipótese prevista no § 153a do StPO é considerada como uma possibilidade de renúncia à tramitação do processo através da submissão voluntária do acusado à proposta apresentada pelo responsável pela acusação e aceita pelo Tribunal.<sup>478</sup> Caracteriza-se por ser uma hipótese de diversão com intervenção.

Nesse caso, a manifestação do Ministério Público depende da aceitação do acusado e do juízo. Há uma gravidade menor do delito,<sup>479</sup> mas remanesce interesse público suficiente para estabelecer a necessidade de previsão de condições e instruções ao acusado e a culpa dele justifica o não prosseguimento formal do processo.<sup>480</sup> Neste caso, havendo cumprimento integral por parte do acusado, não há possibilidade de reabertura das investigações, mas é possível a continuidade da investigação se houver modificação acerca do entendimento quanto à gravidade do delito. Da mesma forma, há regras estabelecidas conforme cada *Länder*.<sup>481</sup> São possíveis a reparação de danos,<sup>482</sup> pagamento de valores em prol de entidades

---

<sup>474</sup> Como a reparação da vítima ou a doação de valores em prol de entidades (ROXIN, 2003, p. 92).

<sup>475</sup> ROXIN, 2003, p. 92.

<sup>476</sup> Torrão (2000, p. 157, 160) trata tal instituto como “Einstellung gegen Auflagen und Weisungen” e “Vergehen”.

<sup>477</sup> Hünerfeld (1978, p. 28-29) ressalta que tal procedimento, especialmente no que diz com o tratamento da pequena criminalidade, vem a atender três exigências, quais sejam, a maximização da eficácia (já que o abandono da pequena criminalidade incentiva a noção de insegurança coletiva), o alívio da justiça e a otimização da reação político-criminal (em prol do agente primário, que mereceria a resposta estatal, sem, contudo, as consequências mais graves cabíveis aos reincidentes ou contumazes).

<sup>478</sup> GALAIN PALERMO, 2006, p. 52.

<sup>479</sup> A gravidade menor do delito, que pode estar dentro da noção de ‘culpa ligeira’. O fato de estar estabelecida mediante regras e injunções está a privilegiar os interesses do Estado e do arguido (HÜNERFELD, 1978, p. 36), sendo que a previsão de tais regras e injunções equilibra a política criminal e os interesses da justiça (HÜNERFELD, 1978, p. 42).

<sup>480</sup> ELSNER; PETERS, 2006, p. 221-222.

<sup>481</sup> ELSNER; PETERS, 2006, p. 222.

ou ao Estado, trabalho de utilidade pública ou cumprimento de obrigação de alimentos (§ 153a, I, nº 1 a 4, StPO).<sup>483</sup>

É a forma mais comum de negociação e finalização de processos junto ao sistema alemão, inclusive com sua adoção já na fase preliminar. Em regra, os acusados também possuem interesse na sua utilização, dadas as facilidades que causa, bem como por afastar o desconforto, os custos, as consequências e a exposição de um processo.<sup>484</sup>

Se for comparado ao sistema americano, aproxima-se das noções de *nolo contendere*.

A noção de interesse diminuído na persecução criminal está presente quando se discute questões de segurança de Estado, como o desinteresse na persecução por delitos de traição, dado o que pode ser revelado em situações como esta (§ 153d, nº 2, do StPO), ou quando o traidor arrependido evitar um perigo para o Estado (§ 153e, I, do StPO).<sup>485</sup> Também é possível enquadrar, aqui, a situação na qual um dos envolvidos no crime aceita praticar delação contra os demais e, por consequência, deixa de ser perseguido penalmente como forma de retribuição.<sup>486</sup>

É uma modalidade de diversão simples.

De ser observado que pode haver o arquivamento da investigação caso não haja motivação suficiente para o exercício da ação penal, com base no § 170, nº 2, do StPO.<sup>487</sup>

Quanto à negociação de sentença criminal em si,<sup>488</sup> por ter surgido na Alemanha *praeter legem*, sua origem é obscura, mas remonta à década de 1970. Começou com aplicação em delitos menores, mas, por não possuir previsão legal em um país habituado à *civil law*, foi adotada sem maiores registros. Com o tempo, porém, passou a ser aplicada em delitos mais gravosos, inclusive os que envolviam violência. Em 1982, um jurista alemão utilizou-se de um pseudônimo (*Detlef Deal from Mauschelhausen*) e divulgou sua prática, até então velada. A partir de tal ponto, houve um crescimento e uma maior divulgação na sua aplicação. Em vista das discussões decorrentes quanto à possibilidade ou não de aplicação, as Cortes alemãs foram chamadas à manifestação, pelo que, em 1987, a Corte Federal Constitucional declarou

<sup>482</sup> Dentre outras, até como forma de revalorização da vítima, deve o arguido comprometer-se em reparar o dano causado à vítima, sem prejuízo de qualquer reparação a ser buscada no juízo cível específico (GALAIN PALERMO, 2006, p. 54).

<sup>483</sup> TORRÃO, 2000, p. 161.

<sup>484</sup> KOBOR, 2008, p. 132-133.

<sup>485</sup> Roxin (2003, p. 93), que também apresenta hipóteses previstas no § 154c e § 154d do StPO como integrantes de tal possibilidade.

<sup>486</sup> Roxin (2003, p. 93-94), como nos casos que envolvem entorpecentes (calha salientar que Roxin, na mesma ocasião, entende duvidosa a pertinência de tal situação, visto que ela seria “comprada” e atentaria contra o Estado de Direito).

<sup>487</sup> FERNANDES, 2001, p. 345.

<sup>488</sup> Na Alemanha, os termos utilizados para os acordos são *Verständigung*, *Vereinbarung*, *Abrede*, *Absprache* e *Antizipation* (SWENSON, 1995, p. 379).



não se tratar de medida inconstitucional (dado não afetar a compreensão de *Rechtsstaatsprinzip*, em que pese uma relutância inicial da Corte Federal de Apelações), dentre outras, porque já existia o reconhecimento, no sistema jurídico, de que a confissão se apresentava como benéfica ao acusado, desde que admitido ao acusado o direito ao julgamento justo e à definição legal de culpa.<sup>489</sup>

Até então, a confissão não tinha o condão de ensejar o pronto julgamento do fato. Entretanto, os sujeitos processuais criaram uma forma de negociação em casos confessados, chamada de *Absprachen*. Quando desse movimento de criação, o acordo estabelecia que, com a confissão, haveria uma agilização do processo e uma limitação da pena a ser imposta. Conforme o conteúdo e detalhamento da confissão, não haveria a necessidade de maior ou de qualquer dilação probatória. A negociação poderia acontecer antes ou durante o julgamento, com o possível envolvimento da acusação, do juízo e da defesa. A participação de juízes leigos ocorreria, mas ficaria limitada à ocorrência dela em audiência pública.<sup>490</sup>

A primeira grande discussão sobre o tema da *Absprachen* residia na questão relativa à possibilidade de concessão de promessas ao acusado em troca da confissão, especialmente por causa do princípio da verdade material, que necessitava ser apreciada pelo juízo, pelo que não poderia ser vinculativa qualquer proposta de pena final. Muitos entendiam que o StPO não admitia, dados os seus princípios, qualquer possibilidade nesse sentido, apesar de que os envolvidos com sua prática consideravam ser ela permitida porque não apresentava qualquer vedação legal sobre o tema.<sup>491</sup>

Também se criticava a validade de acordos realizados fora de uma audiência pública, o que feriria os princípios da legalidade, oralidade, publicidade e imediação, deixando, pois, de haver punição pela severidade do crime e culpabilidade do agente. A pena deveria estar vinculada ao crime praticado, o que também atingiria a igualdade na proteção legal. Seguindo por tal linha, a proposta de menor punição feriria o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, pois estaria a forçar o acusado a assumir sua culpa, sob a ameaça de uma sentença mais gravosa, caso não se submetesse ao acordo. Ainda, alegava-se que haveria a quebra do princípio do devido processo legal ou do julgamento justo, pois a confissão tinha de ser imediata para que fosse mantida a proposta apresentada, especialmente quando se observava a participação do juiz como negociador e como responsável pela imposição da pena, o que desequilibraria a balança em prol da acusação. Dizia-se, pois, que ditos princípios não

---

<sup>489</sup> KOBOR, 2008, p. 123-125.

<sup>490</sup> ALTENHAIN, 2010, p. 159-161.

<sup>491</sup> ALTENHAIN, 2010, p. 162-163.

poderiam ser superados pelo interesse na administração do volume de serviços e outros critérios de cunho administrativo.<sup>492</sup>

Em vista de tais discussões, o BGH, em decisão de 28 de agosto de 1997, estabeleceu os primeiros parâmetros para a viabilidade da *Absprachen*, a partir da compreensão de que o § 153a do StPO permitiu a realização de acordos quanto aos resultados do processo (foi ele o primeiro fundamento jurídico utilizado para justificar a *Absprachen*). Decidiu o Tribunal que:<sup>493</sup>

- a) o resultado final da *Absprachen* deve acontecer durante o processamento, em audiência pública, devidamente registrada, com o conhecimento e presença de todos os participantes. Ou, quando fora da audiência, seus fundamentos devem ser trazidos para registro na corte (conforme § 274 do StPO e artigo 103, nº 1, da Lei Fundamental alemã). Tudo para que seja possível o controle posterior dos atos praticados (tanto de forma negativa como de forma positiva),<sup>494</sup> apesar da existência de procedimentos sem o devido registro, feitos com base na confiança;<sup>495</sup>
- b) deve a *Absprachen* conduzir a um julgamento que seja condizente com a culpa do acusado na prática do delito (pelo que incabível a chamada *charge bargaining*), e a confissão deve mitigar a sentença por auxiliar na redução do prazo do processo em razão da colaboração do acusado, qualquer que seja a motivação da confissão, o que representou uma mudança de paradigma do tribunal, que só a admitia em caso de razões nobres;
- c) deve ser respeitado o direito contra a auto-incriminação, pelo que o acusado não pode ser forçado a aceitar os termos de qualquer acordo (*protection of free will*), especialmente se tal pressão for a de que a sentença será mais gravosa na hipótese de não aceitação dos termos do acordo;
- d) não pode o juízo fazer promessa vinculante de pena (em respeito ao previsto no § 261 do StPO). O que o juízo deve fazer é estabelecer ao acusado qual o montante máximo que pretende aplicar conforme o caso apresentado e, a partir daquilo que foi coletado, passar a analisar o montante de pena aplicável, com a consideração da pessoa do réu, da

---

<sup>492</sup> ALTENHAIN, 2010, p. 163.

<sup>493</sup> A partir do que expõem Altenhain (2010, p. 164-166) e Langer (2010, p. 50-59).

<sup>494</sup> KOBOR, 2008, p. 148-149.

<sup>495</sup> ALTENHAIN, 2010, p. 164.

vítima e das circunstâncias do delito.<sup>496</sup> Tal limite somente pode ser extrapolado se surgirem elementos novos e que eram desconhecidos da Corte, inclusive a partir da confissão;

- e) a confissão deve ser apenas mais um elemento de prova, não podendo ela, sozinha, determinar a culpa do acusado (consequência do princípio da investigação oficial – nos termos do artigo 102, nº 1, da Lei Fundamental alemã). Necessita ser mais precisa possível quanto aos elementos expostos na acusação, não bastando a mera afirmação, justamente para evitar-se que a *Absprachen* seja mero desafogo dos foros. Nesse mesmo sistema, o que se investiga é o fato imputado ao acusado (§ 264, nº 1, do StPO), da mesma forma que a responsabilidade e a culpabilidade de seu agente. Assim, dado o princípio da livre apreciação da prova (artigo 261 da Lei Fundamental alemã), o juiz deve estar convencido do cometimento do fato descrito na acusação, através de sua representação sobre ele, a partir do que se extrai da intervenção das partes, das vítimas, das testemunhas, dos peritos, etc.<sup>497</sup> Ou seja, a verdade concluída pelo juiz é uma síntese de tais intervenções;<sup>498</sup>
- f) incabível a renúncia ao direito de apelar da decisão como condição para o acordo. Há de ser reconhecido que o acusado pode ter sido forçado a aceitar os termos, ou não apresentar a devida concordância com a sentença imposta, dentre outras. Ao acusado, deve ser expressado seu direito de apelar dos termos da decisão prolatada conforme acordo. Somente com a orientação expressa é que qualquer renúncia pode ser tida como válida.

A doutrina<sup>499</sup> aponta variações em julgamentos pelas Cortes alemãs. Em 1991, por exemplo, foi considerada sua aplicação contrária aos princípios da lei e da justiça, porque não haveria um julgamento justo (*fair trial*) em tal hipótese. Contudo, em 1997, decidiu-se que o acordo, por si só, não se apresentava contrário ao direito, mas era visto como exceção ao sistema processual, e que necessitava ser regulamentado. Já em 2005, foi reconhecida a

---

<sup>496</sup> É vedado ao julgador oferecer a sentença pronta quando do momento da negociação, já que não tem a devida compreensão de tudo aquilo que será apresentado perante a Corte. Podem existir outros julgadores para aquela causa, situação na qual somente o presidente participa das negociações, motivo por que não pode ele usurpar a função dos demais (KOBOR, 2008, p. 144-145).

<sup>497</sup> Para Gössel (2004, p. 189), o processo penal se pauta para uma determinada imagem de verdade, que será apreendida, não construída, a partir da livre convicção do julgador. Tudo isto terá origem, obviamente, a partir de um fato real, sem que, procesualmente a falar, seja prejudicial eventual desvio judicial de sua configuração.

<sup>498</sup> GÖSSEL, 2004, p. 174-175.

<sup>499</sup> KOBOR, 2008, p. 125-126.

necessidade da existência de negociação dentro do sistema processual penal alemão, pelo que ganhou, definitivamente, reconhecimento no âmbito do sistema.<sup>500</sup>

Os motivos que ensejaram o surgimento e o crescimento do instituto assemelham-se às razões de desenvolvimento nos EUA:

- a) o crescimento da quantidade de processos, bem como de sua complexidade, no Poder Judiciário alemão, situação que, por tempo e/ou por recursos, impede que haja julgamento da totalidade dos casos;<sup>501</sup>
- b) serve de ferramenta importante para a resolução de processos complexos e prolongados, como os que envolvem questões fiscais, de corrupção, entorpecentes e de conspirações internacionais, que, quando surgidos entre as décadas de 1970 e 1980, passaram a expor deficiências no processo penal alemão.<sup>502</sup> A expansão da definição de condutas criminosas também forçou o aparelhamento dos acordos informais, dado que o sistema processual penal clássico não estava preparado para a absorção de tais novidades (privilegio das concepções de eficiência, tempo e redução de custos).<sup>503</sup>
- c) a compreensão de que o processo também se ajusta para definir problemas sociais e para recuperar a harmonia social.<sup>504</sup> A noção de uma solução consensual serve para os propósitos de justiça, retribuição e reabilitação.<sup>505</sup> Assim, houve uma modificação da compreensão da atuação de cada parte dentro deste contexto, inclusive com a noção de que a defesa participa de tal busca, dada a autonomia do arguido frente ao Estado.<sup>506</sup> Pelo que, da mesma forma que nos EUA, é visto como um contrato.<sup>507</sup>

Relembre-se, nesse estágio, que o surgimento dos acordos de sentença criminal deu-se informalmente em território germânico.

O *Strafprozessordnung* (StPO) não estabelecia a possibilidade de consenso até sua reforma em 2009.<sup>508</sup>

---

<sup>500</sup> Conforme Schünemann (2004, p. 179), a adoção de critérios de oportunidade da ação penal e de medidas aceleratórias não foi suficiente para diminuir o impacto da crise processual existente no sistema alemão, pelo que o sistema de acordos transformou-se em importante elemento de funcionamento da justiça.

<sup>501</sup> KOBOR, 2008, p. 127-128.

<sup>502</sup> KOBOR, 2008, p. 128.

<sup>503</sup> RAUXLOH, 2012, p. 83-84.

<sup>504</sup> RAUXLOH, 2012, p. 84.

<sup>505</sup> KOBOR, 2008, p. 128-129.

<sup>506</sup> RAUXLOH, 2012, p. 84.

<sup>507</sup> KOBOR, 2008, p. 131.

<sup>508</sup> ALTENHAIN, 2010, p. 157.

Com a previsão legal havida, o início das negociações é estabelecido pelo órgão julgador, nos termos do § 257c, nº 1, do StPO. O juiz tem um papel efetivo na realização da negociação, pois é ele quem coordena as combinações que podem levar à confissão, indispensável para o acordo (§ 257c, nº 2, do StPO). Da mesma forma, a participação defensiva mostra-se mais diferenciada do que no sistema americano, na medida em que ela tem conhecimento anterior das evidências que estão à disposição da acusação, motivo pelo qual a confiança entre as partes é essencial para a devida realização da pactuação.<sup>509</sup>

Admite-se o estabelecimento de limites mínimos e máximos de pena quando da negociação, mas sua definição final é determinada pelo órgão julgador, a partir das circunstâncias que envolvem o fato e as pessoas que dele participaram. Se assim não fosse, ou seja, se restasse admitido o acordo quanto à pena, estar-se-ia frente à verdadeiro negócio e retirar-se-ia a função jurisdicional de exame quanto à culpa e os critérios de prevenção.<sup>510</sup> Ainda no que diz com a pena, deve haver a observância de que a atenuação decorrente da confissão é condizente com sua influência sobre a culpa e a prevenção, notadamente quando ela não for posterior à prova já coletada (momento em que ela em nada agregaria ao processo).<sup>511</sup>

Os acordos admitem diversas discussões que impliquem, dentre outras, em confissão de todos ou de alguns crimes; a incriminação de terceiros; a admissão de determinadas provas/evidências para fins de encurtamento do processo; redução da sentença condenatória; desqualificação da acusação; e a liberação de determinadas consequências, como a custódia.<sup>512</sup>

Em suma, antes ou durante o julgamento, é feita a proposta de confissão, com a contrapartida de que a sentença condenatória permanecerá em determinado patamar, bem como que haverá limitação e/ou diminuição relativa à acusação apresentada. Referida proposta pode partir do acusado, do juiz ou do representante do Ministério Público. Apesar de não haver a necessidade de participação de todos, já que pode se desenvolver com a presença do juiz e do acusado,<sup>513</sup> há a necessidade de que todos tenham ciência da negociação que se

---

<sup>509</sup> SWENSON, 1995, p. 378.

<sup>510</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 51.

<sup>511</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 59.

<sup>512</sup> RAUXLOH, 2012, p. 78-79.

<sup>513</sup> Os acordos são celebrados entre, preponderantemente, o juiz e a defesa. Isto não significa que o órgão responsável pela acusação não tenha participação ativa na negociação, dado que é o responsável pelo controle do interesse público dentro do processo, assim como ele exerce o controle da forma e do conteúdo das negociações, com franca possibilidade de recurso contra seus termos (WEIGEND, 2008, p. 70-71).

está a realizar (§ 257c, nº 3, do StPO). Entretanto, há a necessidade de cooperação mútua entre todos os envolvidos no processo.<sup>514</sup>

Diferentemente do sistema americano, portanto, o acordo se relaciona com a confissão que irá encurtar a marcha processual, não com a *guilty plea*, bem como ele depende da efetiva divulgação das provas obtidas pela acusação contra o réu, diversamente do que ocorre no sistema americano, no qual o *prosecutor* não tem a obrigação de revelá-las integralmente. De outra banda, os principais atores da negociação são o juiz e a defesa, o que também difere do sistema americano (onde o juiz assiste a ocorrência de forma mais passiva), já que permanece com o juiz a função de dizer qual a verdade aceita naquele processo, pelo que o procedimento pode ser encurtado, mas não encerrado com o acordo.<sup>515,516</sup>

A fixação do acordo deve ser realizada junto à corte e em audiência, dada a prevalência das regras da oralidade e da publicidade, pelo que não se limita aos contatos informais, mas somente existe com sua entabulação e registro em juízo.<sup>517</sup>

Estabelece-se, pois, uma situação na qual o sistema alemão posiciona-se entre o sistema inquisitorial pela busca da verdade e um sistema pelo qual o juiz passa a ser o administrador dessa mesma busca,<sup>518</sup> com a participação e cooperação das partes.

O objetivo é evitar-se a chamada *Formalgeständnis* ou *schlankes Geständnis*, que consiste na confissão sem embasamento probatório.<sup>519,520</sup> O arguido deve ser interrogado acerca de todas as circunstâncias do fato. A partir do interrogatório, podem ser adotadas diligências para a confirmação da confissão (até porque o dever de busca pela verdade permanece inalterado, em obediência ao § 244, nº 2, do StPO, como dispõe o § 257c, nº 1, do mesmo diploma). Caso o acordo não seja aceito ou finalizado, a confissão do arguido acontecida durante a negociação não pode ser utilizada contra ele (§ 257c, nº 4, do StPO). De qualquer maneira, ainda que seja aproveitada, ela deve estar em consonância com o restante da prova realizada, na medida em que ela não basta por si só. Se surgir alguma circunstância nova que leve a Corte a afastar-se acordo, ela deve ser comunicada imediatamente ao acusado

<sup>514</sup> LANGER, 2010, p. 52.

<sup>515</sup> LANGER, 2010, p. 52.

<sup>516</sup> SCHÜNEMANN, 2013, p. 307-308.

<sup>517</sup> KOBOR, 2008, p. 141-142.

<sup>518</sup> O sistema processual germânico baseia-se na compreensão do princípio inquisitivo e que o julgamento deve refletir a culpabilidade (*Schuldprinzip*) do arguido, pelo que o juiz tem o dever de procurar a verdade processualmente aceita em um processo criminal, inclusive de forma independente dos outros sujeitos processuais - intimando e inquirindo testemunhas, peritos, analisando documentos e evidências (WEIGEND; TURNER, 2014, p. 84-85).

<sup>519</sup> KOBOR, 2008, p. 151.

<sup>520</sup> Assim, a simples confissão, por mais detalhada que seja, não é suficiente para fundamentar um juízo condenatório, o que acaba por evitar a possibilidade de realização da *plea bargaining* americana (WEIGEND; TURNER, 2014, p. 85).

(§ 257c, nº 4, do StPO),<sup>521</sup> inclusive no que diz com aceitar eventual modificação dos termos antes alinhavados.<sup>522</sup>

Por certo, deve sempre o arguido ser devidamente orientado acerca das consequências relativas ao acordo (§ 257c, nº 5, do StPO).

A regra insculpida no § 257 do StPO, especialmente na letra “c”, dá ao juiz o papel de relevo dentro do sistema de negociação alemão, na medida em que ele tem a condição de iniciar as negociações e indicar os limites da sentença que pode ser imposta. Entretanto, não pode este mesmo juiz realizar a negociação quanto ao tipo de acusação a ser proposta, pois deve obedecer a todas as circunstâncias do caso concreto, inclusive na sentença, e que levem à culpa daquele contra quem a acusação é manejada. E, sendo necessário, deve adotar todas as providências probatórias necessárias para confirmação da confissão existente.<sup>523</sup>

Busca-se um equilíbrio específico dentro do contexto alemão, já que o poder de negociação do Ministério Público aqui é menor do que o americano, também por causa da hierarquia existente na instituição; além disto, as sentenças alemãs tendem a ser menos severas que as americanas, com o que o acordo não dispõe da mesma força coativa que o *plea bargaining* americano; e porque a defesa dispõe de maior poder na negociação, o que afasta a possibilidade de adoção de práticas de *overcharging* americana, pois tem conhecimento do que fora apurado.<sup>524</sup>

Por remanescer o dever estatal de confirmação da verdade exposta na *Absprachen*, pode-se dizer que o modelo alemão está muito mais próximo do *nolo contendere* americano, dado que a confissão se mostra mais como uma não contestação da acusação exposta – de sempre ressaltar que pode haver absolvição ainda que confessado o fato.

Como sói acontecer, são apontadas vantagens e desvantagens dentro do sistema. Como vantagens, por exemplo, são indicadas a diminuição da necessidade de preparação para os processos e audiências, diminuição da possibilidade dos conflitos, uma menor exposição pública de acusados e vítimas, a celeridade processual, uma sentença mais abrandada, a agilidade para que a vítima obtenha sua indenização, uma melhor adequação do tempo de atuação do juízo e da acusação em delitos de maior complexidade, dentre outras<sup>525</sup> (aliás, em geral, são as mesmas circunstâncias já apresentadas no contexto americano).

---

<sup>521</sup> KOBOR, 2008, p. 151-152.

<sup>522</sup> FROMMANN, 2009, p. 203.

<sup>523</sup> WEIGEND; TURNER, 2014, p. 91.

<sup>524</sup> KOBOR, 2008, p. 159-160.

<sup>525</sup> Breve extrato do que vem exposto em Rauxloh (2012, p. 85-94).

Como desvantagens elencadas,<sup>526</sup> pode-se dizer que não há certeza de quanto será a redução em sentença, nem garantias de que tal acontecerá, da mesma forma que não é possível garantir que a pena seria maior caso houvesse o julgamento ordinário; a possibilidade de adoção de falsas confissões para obtenção de benefícios processuais a fim de serem evitados os riscos de uma condenação, o que quebra presunção de inocência, direito de defesa e o direito de não produzir provas contra si; a possibilidade de o arguido ser beneficiado por um comportamento processual. Ainda, porque a punição pode não refletir o interesse social prejudicado com a prática daquele delito.

Por oportuno, de ser apresentado que o sistema de acordos de sentença criminal foi novamente considerado constitucional pelo Tribunal Constitucional alemão (BVerfG)<sup>527</sup> em decisão de 2013, na percepção de que a legislação de regência introduziu a possibilidade de acordo dentro do sistema já existente de processo penal.<sup>528,529</sup> Da decisão, cabe salientar que o colegiado estabeleceu que:

- a) continua prevista a necessidade de que o Judiciário persiga a verdade, ainda que de ofício, se o que fora produzido até então não se mostrar suficiente para confirmar a confissão, como já visto anteriormente;
- b) somente pode contemplar o objeto daquele processo, não sendo admissível discussão de acusações que a ele não digam respeito;
- c) os acordos, seu conteúdo e sua tratativa devem ser devidamente registrados em audiência, para fiscalização das partes e do público. O desrespeito a tais exigências torna o acordo ilegal;
- d) o arguido necessita ser devidamente orientado sobre o acordo, suas consequências, qual o efeito da disposição de seus direitos e os critérios que envolverão a fixação da pena, para que haja devida consciência e

<sup>526</sup> Igualmente, breve extrato do que vem exposto em Rauxloh (2012, p. 85-94).

<sup>527</sup> No dizer de Weigend (2013, documento não paginado), a questão chegou para apreciação junto ao colegiado em momento de forte consolidação, tanto pelo costume, como pelo próprio legislador, pelo que qualquer proibição de sua aplicação causaria uma incomensurável reação no ambiente processual penal alemão. Ressalta a importância concedida, pelo Tribunal, aos critérios de funcionamento da justiça, de celeridade dos processos e abertura processual, e a especial nota quanto à publicidade, à oralidade e à recorribilidade sempre possível. De ser observado que Weigend (2013, documento não paginado) - ele próprio contrário ao sistema de negociação acerca da sentença criminal - reconhece que a Lei Fundamental alemã não oferece maiores argumentos contra tal prática, na medida em que os responsáveis por sua elaboração não tinham como prever sua existência futura.

<sup>528</sup> ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado.

<sup>529</sup> Importante referir que, nos casos concretos levados a julgamento, entendeu-se que as situações apresentavam máculas que os viciavam; entretanto, quanto à possibilidade em si de negociação, prevista no § 257c do StPO, esta apresenta-se condizente com o ordenamento constitucional germânico.



voluntariedade na colaboração do acusado. O desrespeito quanto a tal dever legitima a interposição de recurso contra a decisão.<sup>530</sup>

Conforme é possível depreender-se da decisão ora comentada, cairão, por inconstitucionais, quaisquer tentativas dos sujeitos processuais em tentarem a burla processual mediante qualquer tipo de negociação secreta.<sup>531</sup>

Do julgamento da Corte Constitucional, conclui-se que o Ministério Público é responsável em reforçar as exigências constitucionais, e tal controle é feito a partir de sua possibilidade de apelar das decisões embasadas nos acordos que desrespeitaram a Carta Maior.<sup>532</sup>

Por último, cabe dizer da existência das chamadas “ordens penais”, aplicáveis aos crimes com menor seriedade (*Vergehen*), como se lê do § 407 até o § 412 do StPO. Neste caso, o Ministério Público alemão apresenta ao juiz uma acusação escrita com o requerimento de uma dada punição, consistente em multas, suspensão de direitos ou suspensão de penas por até um ano. Se tal requerimento for aceito pelo juízo, há a comunicação ao acusado, que tem prazo de duas semanas para apresentar suas objeções, querendo. Em não sendo apresentada objeção pelo acusado, o requerimento transforma-se em ordem, com força de julgamento. Caso haja objeção, há a necessidade de dilação probatória em audiência, que pode resultar em julgamento ou aplicação de outras medidas consensuais – desde que haja a concordância da acusação. Há forte influência do Ministério Público, pelo que são raras as negativas judiciais aos pedidos. Tal situação é deveras importante para fins de simplificação processual e de controle do volume de trabalho.<sup>533</sup>

Em síntese, relativamente ao processo penal alemão, é possível considerar que ele mantém seus princípios norteadores, na medida em que inexistente a possibilidade de acordar em relação aos eventos criminosos em si – o juiz está obrigado a procurar a verdade, pelo que até mesmo a definição jurídica do fato não encontra possibilidade de negociação.<sup>534</sup> Lamenta-se, porém, que os acordos podem acontecer apenas entre o juiz e o arguido e seu defensor, sem uma participação mais ativa do Ministério Público.<sup>535</sup>

<sup>530</sup> Em face de tal constatação, é possível referir que o arguido ainda pode ter sua situação agravada, mesmo quando aceite participar da *Absprachen* (WEIGEND, 2013, documento não paginado)

<sup>531</sup> WEIGEND, 2013, documento não paginado.

<sup>532</sup> WEIGEND; TURNER, 2014, p. 96.

<sup>533</sup> ELSNER; PETERS, 2006, p. 217-219.

<sup>534</sup> NEVES, 2013, p. 46.

<sup>535</sup> Remete-se o leitor ao ponto específico do trabalho onde se faz a apreciação de como deve ser a participação judicial na negociação de sentença criminal.

### 3.2.3 O modelo italiano: *patteggiamento*

No dizeres de Callari:<sup>536</sup> “Il processo è il luogo rituale dell’esperienza umana dove il diritto è conosciuto, dichiarato e ricondotto dall’empíreo delle norme generali ed astratte alla fattispecie concreta della *quaestio facti*”, o que acaba por traduzir a compreensão da necessidade da função jurisdicional para que seja dito e realizado o direito no contexto italiano.

Pela referência histórica, a Itália também sofreu influências do período inquisitivo, consequência da insegurança decorrente do sistema acusatório que o procedeu. Entretanto, sua superação aconteceu ainda no século XIX, quando substituído pelo sistema francês, tido como misto.<sup>537</sup>

Aqui, também, vige o princípio da legalidade/obrigatoriedade do oferecimento da ação penal, nos termos do artigo 112º da Constituição italiana (*il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale*),<sup>538</sup> notadamente pelo histórico judicial europeu, que visa, antes de tudo, realizar o tratamento mais próximo da igualdade entre todos aqueles que estiveram envolvidos no delito, com o firme propósito de evitar-se a existência de pressão externa na atuação do órgão responsável pela acusação, submetida ao controle judicial.<sup>539</sup> O artigo 408 do Código de Processo Penal italiano prevê a possibilidade de arquivamento da investigação quando houver fragilidade na prova que fora coletada durante as investigações (a notícia do crime é infundada), com a possibilidade de que a investigação seja reiniciada, com base no artigo 414 (deve ser motivada por exigências de novas investigações).

A obrigatoriedade da ação penal, insculpida no artigo 112 da vigente Constituição italiana, já era prevista quando do chamado “Código Rocco”, sendo assim considerada mesmo quando inexistente a possibilidade do controle jurisdicional sobre o arquivamento e a existência de controle externo do Ministério Público pelo Poder Executivo.<sup>540</sup>

A obrigatoriedade da ação penal converge nas noções relativas à legalidade dos delitos e das penas, a igualdade dos cidadãos perante a lei e à capacidade de independência do

<sup>536</sup> CALLARI, 2012, p. 1.

<sup>537</sup> ANDRADE, 2013, p. 338-340.

<sup>538</sup> Inclusive, o Código de Processo Penal italiano autoriza que o juiz possa determinar a produção de novas provas que forem absolutamente necessárias, ainda que finalizada a instrução, em caráter complementar (artigo 507). Em reforço, é de ser considerado que a vítima pode se opor ao arquivamento formulado pelo Ministério Público, caso em que o juiz, não se convencendo da promoção ministerial, pode determinar que haja a continuidade das indagações ou oferecimento da acusação (Código de Processo Penal italiano, artigo 409, nº 4), o que acaba por traduzir-se em uma continuidade das regras inquisitivas (ANDRADE, 2013, p. 342-343).

<sup>539</sup> Conforme se depreende da lição de Pizzi e Montagna (2004, p. 441).

<sup>540</sup> CHIAVARIO, 1995, p. 331.

Ministério Público.<sup>541</sup> Há uma recusa de qualquer aceitação de vigência do princípio da oportunidade, na medida em que o órgão acusatório não tem a faculdade de não propor a demanda penal, salvo se faltante fundamento da notícia de crime recebida.<sup>542</sup>

Conforme vem apontado pela doutrina, a reforma processual penal acontecida no ano de 1988 teve o objetivo de estabelecer um processo mais justo e aberto, voltado para a proteção de uma sociedade democratizada, assim como o interesse de tornar o processo mais ágil, até por necessidade de adequação à Convenção Europeia de Direitos Humanos (porque havia o entendimento, externado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, de que a Itália estava a violar, constantemente, o artigo 6º, nº 1, da referida Convenção – duração do prazo razoável).<sup>543</sup>

O resultado foi uma ampla reforma influenciada pelo ordenamento americano, que substituiu o Código Rocco, ainda do período do regime de Mussolini.<sup>544,545</sup> Assim, por exemplo, estabeleceu-se a possibilidade de investigação pelas partes, com a abolição do juízo de instrução e a introdução da *cross-examination* para inquirição de testemunhas em juízo. Como regra, o juiz tem de somente produzir as provas requeridas pelas partes - de maneira excepcional, pode agir por motivação própria em tal produção,<sup>546</sup> como reza o artigo 507 do Código de Processo Penal italiano.

E, no que toca ao presente trabalho, o sistema processual penal italiano adotou a possibilidade de realização de acordos como forma de resolução dos conflitos penais,<sup>547</sup> inclusive com expressa previsão constitucional em tal sentido.<sup>548,549</sup>

A forma mais tradicional é a *applicazione della pena sulla richiesta delle parti*, também conhecida como *patteggiamento* (resolução consensual dos conflitos processuais penais, visto que há requerimento da parte e concordância da parte adversa que legitimam a prolação de sentença de mérito).<sup>550</sup> Por ele, as partes estabelecem um acordo sobre a sentença

<sup>541</sup> Conforme se extrai da lição de Chiavario (1995, p. 334).

<sup>542</sup> CHIAVARIO, 1995, p. 342-343.

<sup>543</sup> PIZZI; MONTAGNA, 2004, p. 437-438.

<sup>544</sup> LANGER, 2010, p. 60.

<sup>545</sup> Pizzi e Montagna (2004, p. 430) indicam que a adoção do critério anglo-americano como base para o novo Código de Processo Penal italiano chamou a atenção de todos, porque o sistema previsto na Itália, historicamente, era embasado no sistema continental europeu.

<sup>546</sup> LANGER, 2010, p. 61.

<sup>547</sup> A adoção dos critérios de consenso surgiu a partir da necessidade de redução da carga de serviço dos Tribunais, com a inclusão de economia e de celeridade processual (TORRÃO, 2000, p. 172-173).

<sup>548</sup> Constituição italiana, artigo 111, 5: “la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”.

<sup>549</sup> Junto com a previsão de processo com a amplitude de garantia aos acusados, longo e de custo considerável, surgiram alternativas mais céleres e com menor previsão de garantias (ANGELINI, 2013, p. 221-222).

<sup>550</sup> TORRÃO, 2000, p. 175-176.

e pedem para que o juiz realize a punição conforme ele.<sup>551</sup> São apresentados critérios de redução de pena e, caso o juiz entenda não haver elementos para a absolvição do acusado, cabe a ele aplicar os termos do acordo.<sup>552</sup> Há de ser observada, no sistema processual penal italiano, a busca da celeridade na resposta ao acusado como forma de ratificar a relevância da sanção penal, retirar do culpado a intenção voltada para a prática delitiva e causar uma orientação social no sentido de que haja respeito à referida norma, inclusive com a concessão de liberdade ágil aos que não mereçam a punição – desta forma, a negociação constituir-se-ia na rendição do culpado ao sistema, o que transmite a ideia de que o sistema é eficiente.<sup>553,554</sup>

Percebe-se que a ação penal não está a deixar de ser proposta ou a produzir outros efeitos diversos da condenação por liberalidade de quem exercita a titularidade da ação penal pública; o que se percebe é a presença de critérios diversos que não fogem da exigência de controle por órgão jurisdicional em algum sentido e momento.<sup>555</sup>

A doutrina costuma dividir a ocorrência do instituto do *patteggiamento* em duas hipóteses:<sup>556</sup>

- a) *patteggiamento tradizionale*, que diz com a primeira hipótese de sua previsão legal, e consiste no acordo em que haja a aplicação de pena substitutiva à prisão ou multa; ou então quando houver a possibilidade de aplicação de pena que não supere a dois anos de prisão, ainda que conjunta com multa (Código de Processo Penal italiano, artigo 444, 1);
- b) *patteggiamento allargato*, introduzida no ano de 2003, quando do acordo decorre uma pena superior a dois anos mas que seja limitada a até cinco anos, com ou sem a cumulação de multa, observada a diminuição de um terço igualmente (Código de Processo Penal italiano, artigo 444, 1).

A ideia seria de o juiz assumir uma posição mais passiva, já que o acordo seria realizado pelas partes, apesar de ainda ter o poder de absolver o acusado, se assim entender das evidências coletadas. Porém, a Corte Constitucional italiana entendeu pela

<sup>551</sup> Surgiu como um instrumento de deflação processual dentro do sistema acusatório italiano, mas sua criação deu-se ainda quando o sistema era inquisitório, conforme o artigo 77º da Lei nº 689 de 1981 (ANGELINI, 2013, p. 223).

<sup>552</sup> LANGER, 2010, p. 63.

<sup>553</sup> FERNANDES, 2001, p. 708-709.

<sup>554</sup> O *patteggiamento* é o resultado da confluência do interesse em uma sanção certa e em uma aplicação pronta, com efetivação do sistema penal, ainda que seja mitigada pela colaboração do acusado, em contraponto ao risco de aplicação de uma sentença que pode ser imposta, mas que não tenha executoriedade, ou que se mostre atrasada pelo decurso do tempo que o processo formalmente estabelecido traz como consequência. Tudo isto para que sejam garantidos os fins de prevenção (FERNANDES, 2001, p. 710).

<sup>555</sup> CHIAVARIO, 1995, p. 353.

<sup>556</sup> TONINI, 2012, p. 750.

inconstitucionalidade, ainda que parcial, da disposição do artigo 444, inciso 2, do Código de Processo Penal italiano, na medida em que não conferia ao juiz o poder de controlar a congruência entre a sentença negociada e a gravidade do crime praticado<sup>557</sup> (saliente-se que deve ser apresentada uma possibilidade de sentença ao julgador quando da celebração do acordo).<sup>558</sup>

Na verdade, a Sentença nº 313 de 1990 da Corte Constitucional reestabeleceu a necessidade de que o juízo faça o devido exame da proporcionalidade e adequação da pena, que não pode ficar ao mero alvedrio e pactuação entre as partes,<sup>559</sup> em obediência ao artigo 133º do Código Penal Italiano<sup>560</sup> e artigo 27, 3, da Constituição de lá (que estabelece o fim de reeducação do condenado à sanção penal: “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”). Entretanto, a atuação judicial limita-se a conferir a formalidade do rito escolhido e a adequação da pena imposta (caso não seja ela adequada, cabe ao juízo rejeitar o acordo, mas não recalculá-la),<sup>561</sup> além da correção da qualificação jurídica dos fatos<sup>562,563</sup> e que o comportamento do acusado tenha sido tomado como não suficientemente grave.<sup>564,565</sup> Também tem ele a possibilidade de

<sup>557</sup> LANGER, 2010, p. 66.

<sup>558</sup> FROMMANN, 2009, p. 211.

<sup>559</sup> “[...] qui, invece, il giudice trae il suo convincimento proprio dalle risultanze degli atti, e non dal modo in cui le parti le hanno valutate, sicché ben può contestare che la definizione giuridica cui le parti s'attengono non è quella che effettivamente discende dalle risultanze. E già questa è valutazione di merito ed aspetto essenziale della soggezione del giudice soltanto alla legge” (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. Sentenza nº 313/1990, p. 6). Ou, como diz Callari (2012, p. 3): “[...] la Corte costituzionale rinsaldò, definitivamente, nelle mani del giudice il potere-dovere di accertare l'assenza di elementi per un proscioglimento allo stato degli atti, e di valutare la correttezza della qualificazione giuridica del fatto che scaturisce dalle risultanze, la sussistenza di circostanze attenuanti e la retta applicazione dei criteri utilizzati nella prospettazione di un giudizio di bilanciamento con le circostanze aggravanti [...]”.

<sup>560</sup> “Art. 133 - Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena: Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tenere conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.”

<sup>561</sup> Fernandes (2001, p. 224-225), que também expõe que uma das fortes críticas ao instituto é que a determinação consiste em um prêmio à conduta de aceitação do acusado, sem que haja uma apreciação da culpabilidade do agente no caso concreto e os interesses relevantes de prevenção geral e especial da pena – entretanto, há de ser observado que o sistema penal, em local algum, compromete-se com a exata medida de igualdade material entre os praticantes de delitos, dado que seu objetivo é que tenham ele a igualdade de maneira formal (FERNANDES, 2001, p. 271-272).

<sup>562</sup> ANGELINI, 2013, p. 224.

<sup>563</sup> Na mesma linha, apresenta Frommann (2009, p. 211).

<sup>564</sup> PERRODET, 2005, p. 378.

<sup>565</sup> O juiz deve negar a homologação do acordo quando constatar que a pena é excessivamente leve e não contribui com a reeducação do arguido, se considerada a gravidade da conduta penal e a capacidade de delinquir do réu (PITTARO, 1999, p. 20).

decretar a absolvição do réu, ainda que presente o acordo, com base no artigo 129 do Código de Processo Penal.<sup>566</sup>

Com tal decisão, é possível dizer-se que a pena decorrente do *patteggiamento* deve atender às finalidades de prevenção geral, dada a prontidão e a certeza de sua aplicação, mas com os limites impostos pela gravidade do fato e a culpabilidade do agente (que determinariam os limites máximos da pena a ser imposta), com a possibilidade de redução se as razões de prevenção especial (reinserção) assim exigirem.<sup>567,568</sup> Vão mantidos, assim, dispositivos constitucionais que determinam a finalidade da pena (artigo 27, nº 1 – *la responsabilità penale é personale* - e 3, da Constituição italiana), a legalidade do persecução penal (artigo 127 da Constituição italiana), a liberdade pessoal (artigo 13 da Constituição italiana – *la libertà personale è inviolabile*), o direito à defesa (artigo 24, nº 2, da Constituição italiana – *la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*) e a presunção de inocência ou de não culpabilidade (artigo 27, nº 2, da Constituição italiana – *l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*).<sup>569</sup>

Buscou-se, assim, uma forma de conciliar as determinações constitucionais acerca da prestação jurisdicional com o interesse na colaboração do arguido, a efetividade, a afirmação da justiça e a imediata aplicação da pena.<sup>570</sup>

O juiz não interfere naquilo que fora acordado, pelo que lhe cabe aceitar o acordo (por sentença) ou rejeitá-lo, o que se faz por *ordinanza*, de forma justificada.<sup>571</sup> Na hipótese de rejeição, haverá a devolução ao Ministério Público, momento em que pode ser readequado o acordo.<sup>572</sup> Caso não haja readequação, deve o processo ter seu julgamento.

<sup>566</sup> “Art.129 Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità. 1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza (442, 444, 455, 459, 469, 531, 26 min.). 2. Quando ricorre una causa di estinzione del reato (150 e seg. c.p.) ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione (530) o di non luogo a procedere (425) con la formula prescritta.”

<sup>567</sup> FERNANDES, 2001, p. 715-716.

<sup>568</sup> A devida congruência entre a pena imposta e a prática vem definida no Código de Processo Penal italiano, artigo 444, 2.

<sup>569</sup> Callari (2012, p. 10), que também ensina que a atividade judicial faz o controle da exatidão entre o fato, a qualificação jurídica dele e a sanção adequada (CALLARI, 2012, p. 3).

<sup>570</sup> Especialmente na medida em que não está afastado o exercício da função jurisdicional no sistema negocial em pauta (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. Sentenza nº 313/1990, documento não paginado).

<sup>571</sup> Da rejeição por *ordinanza*, somente o réu pode apelar, juntamente com a eventual sentença condenatória que venha a ser apresentada (ANGELINI, 2013, p. 226-227).

<sup>572</sup> ANGELINI, 2013, p. 224.

É possível dizer que há um reforço da autonomia e da objetividade do Ministério Público dentro do sistema italiano de *patteggiamento*, dado que há possibilidade de escolha sobre o mérito da ação penal, mas o juiz funciona como um limitador da eventual discricionariedade ministerial.<sup>573,574</sup>

Caso o representante do Ministério Público não aceite os termos do acordo, ainda assim, o acusado pode, ao final do julgamento, requerer a apreciação judicial sobre os motivos apresentados para recusa e, ao final, ver aplicada a diminuição de até um terço de sua pena,<sup>575,576</sup> do qual somente caberá a possibilidade da acusação recorrer da decisão.<sup>577,578</sup>

De ser salientado que o juiz não pode utilizar os termos do *patteggiamento* frustrado como fundamento de condenação, já que a disposição do arguido existia porque tinha ele interesse em outra situação processual que não mais existe com a recusa do acordo.<sup>579</sup>

Portanto, há de ser dito que, na realidade, inexistente uma renúncia das partes acerca da manifestação judicial relacionada à verdade e à responsabilidade, pelo que não pode a decisão embasar-se, unicamente, no acordo formulado.<sup>580,581</sup> Entretanto, a busca pela verdade não pode afastar a compreensão de que se está a falar de uma negociação, motivo pelo qual se admite que a sua perquirição não seja tão extensa como acontece nas hipóteses de procedimento em sua completude.<sup>582</sup> Porém, até na linha do que vem em decisão recente da Corte Constitucional italiana, a existência do acordo traz consigo o reconhecimento de responsabilidade do arguido e demanda a existência de um fato que ofendeu um determinado interesse público.<sup>583</sup>

<sup>573</sup> FERNANDES, 2001, p. 215.

<sup>574</sup> No âmbito italiano, ainda que haja a previsão constitucional do acordo e o reconhecimento da disposição do direito ao contraditório, compete ao juiz a fixação da verdade processual, já que o *patteggiamento*, em si, não afasta esta função cometida ao Poder Judiciário. Dá-se de forma diferente do estabelecido junto ao sistema americano, como forma de preservar a história jurídica italiana, que não admite que a atividade de formulação da verdade refuja da apuração judicial (CALLARI, 2012, p. 3-4).

<sup>575</sup> LANGER, 2010, p. 65.

<sup>576</sup> A recusa ministerial deve ser justificada, mas não se descarta eventual retratação ministerial, ou, na hipótese de não haver retratação, o juízo deve realizar a produção probatória e, somente ao final delas, analisará as razões ministeriais: caso entenda injustificadas as razões, profere sentença conforme os termos propostos pelo arguido, o que legitima eventual recurso ministerial (único caso de recurso acusatório relacionado a tal instituto); se concorde com a recusa, deve o julgador prolatar a sentença com base naquilo que foi coletado (ANGELINI, 2013, p. 226).

<sup>577</sup> FERNANDES, 2001, p. 229.

<sup>578</sup> Frommann (2009, p. 214) entende ser uma salvaguarda estabelecida com o firme propósito de evitar-se arbitrariedade na atuação ministerial.

<sup>579</sup> TONINI, 2012, p. 756.

<sup>580</sup> CALLARI, 2012, p. 13.

<sup>581</sup> Na linha do que diz Frommann (2009, p. 98), trata-se de uma característica peculiar do sistema italiano, apesar de ter introduzido sinais de sistema adversarial em seu processo penal.

<sup>582</sup> Callari (2012, p. 9), que cita entendimento expressado pela Corte Constitucional italiana, como exposto, por exemplo, na sentença 6 de junho de 1991.

<sup>583</sup> Trecho de decisão da Corte Constitucional (ord. 4 luglio 2007, n. 282), indicado em Callari (2012, p. 10).

É uma consequência da regra de que o julgador está subordinado, exclusivamente, aos termos legais (artigo 101, II, da Constituição italiana – *i giudici sono soggetti soltanto alla legge*).<sup>584</sup>

São apresentados como incentivos para aceitação.<sup>585</sup>

- a) nas hipóteses de crimes com apenamento de até dois anos, uma redução de pena que pode ser de até 1/3, mas que, na prática, é o montante utilizado;
- b) quando a pena acordada for definida em até dois anos, é concedida ao acusado a suspensão condicional da pena, a dispensa do pagamento das custas processuais, a inaplicabilidade de penas acessórias e de medidas de segurança previstas em lei (salvo o confisco), consoante consta no artigo 445, nº 1, do Código de Processo Penal italiano;
- c) se a pena ficar entre os limites de dois e cinco anos, a redução da pena em montante de 1/3.

Ainda, é possível aplicar, como consequência, a extinção do crime se não houver o cometimento de outra figura típica criminosa no prazo de cinco anos (se houve prática de crime anteriormente) ou de dois anos (se o delito anterior for uma contravenção).<sup>586</sup>

Superadas tais ponderações, cabe ser dito que uma primeira vertente, de cunho doutrinário,<sup>587</sup> compreende que não há reconhecimento de culpa quando da aceitação do acusado e, por consequência, no *patteggiamento*. Para tal entendimento, existiria uma aproximação com o *nolo contendere* americano, já que ele deixaria de contestar a acusação para obtenção de benefícios, sem renúncia de sua presunção de inocência – desistiria, apenas, do contraditório.<sup>588</sup> Seria, portanto, uma aceitação com a otimização do processo,<sup>589</sup> tendo a sentença, neste caso, uma natureza diferenciada da sentença condenatória comum.<sup>590</sup>

<sup>584</sup> Como diz Frommann (2009, p. 216), a Corte Constitucional entende que a formação da convicção judicial está nas bases fáticas obtidas e demonstradas no processo, não podendo estar vinculada à vontade das partes – ou seja, em momento algum estará o juiz prejudicado em sua atuação pela interpretação das partes, pelo que deve realizar a avaliação acerca do mérito da causa de forma independente. E, como dizem Pizzi e Montagna (2004, p. 444), o *patteggiamento* não é um requerimento de aceitação do acordo pelo juízo, como se dá no âmbito americano. Na verdade, há um requerimento para que o juiz avalie se há necessidade de punição àquele caso apresentado, bem como se a redução de sentença intentada é apropriada para aquele contexto, de forma a evitar-se o processo ordinariamente estabelecido.

<sup>585</sup> ANGELINI, 2013, p. 224.

<sup>586</sup> TONINI, 2012, p. 751-752.

<sup>587</sup> Tonini (2012, p. 754-755), que refere não haver previsão legal expressa quanto a isso. Torráo (2000, p. 176) situa o *patteggiamento* em uma região entre a diversão com intervenção e a *plea bargaining* americana.

<sup>588</sup> CALLARI, 2012, p. 5, 15.

<sup>589</sup> Callari (2012, p. 15), a partir de várias decisões citadas em seu texto em referido sentido.

<sup>590</sup> É a corrente que define a sentença prolatada no *patteggiamento* de *natura non accertativa* (TONINI, 2012, p. 761).



Aliás, como aponta Amodio,<sup>591</sup> no sistema do *patteggiamento*, o imputado, cujo direito à prova é disponível, aceita a imputação que é apresentada a partir das investigações realizadas pelo Ministério Público. Sustenta, assim, que o imputado não se declara culpado do crime, nem o confessa: apenas empresta consenso à aplicação da pena, sem contestar a acusação formulada. Sua legitimação constitucional residiria na ausência de manifestações contraditórias na manifestação de vontade do arguido.

Outras razões também são apresentadas para afastar o instituto da *plea bargaining*, a saber: somente pode ser aplicado para crimes cuja pena não exceda 5 anos de prisão,<sup>592,593</sup> com limitação de redução de até um terço; o acordo será somente sobre os termos da sentença, não da acusação que tenha sido manejada<sup>594</sup> (o acusado renunciaria, apenas, ao seu direito de ser julgado de acordo com a complexidade processual); o juiz pode absolver o réu a partir daquilo que foi coletado e apresentado a ele; a condenação aplicada com base no *patteggiamento* não produz efeitos em procedimentos cíveis e administrativos que envolvam o fato julgado<sup>595,596,597</sup> (conforme o artigo 445, nº 1-bis, do Código de Processo Penal italiano); e o juiz não está limitado ao negócio entabulado, dado que poderá dizer se o crime de fato aconteceu, que pena cabe ser aplicada e se, naquele caso concreto, o acusado deve ser beneficiado com as vantagens previstas.<sup>598</sup>

De tal sorte que se sustenta a similitude do *patteggiamento* com o *nolo contendere* americano, na medida em que haveria uma negativa em contestar-se a ação penal, pelo que haveria um juízo apenas equiparado de condenação, o que força, por exemplo, a obrigatoriedade de o arguido depor em outro julgamento no qual haja a discussão da matéria.<sup>599</sup>

É o que parece mais adequado dentro da comparação com o sistema americano.

---

<sup>591</sup> AMODIO, 2012, p. 109.

<sup>592</sup> Inicialmente, era previsto para as contravenções e para os crimes cujas penas eram de até dois anos, mas com a Lei nº 134 de 2003, houve alargamento para os crimes com pena de até 5 anos. Não obstante, estão excluídos crimes como associação criminosa, organização criminosa, prostituição, pornografia infantil, dentre outros (ANGELINI, 2013, p. 223).

<sup>593</sup> Na mesma linha, Angelini (2013, p. 228), que pondera, contudo, que o alargamento para penas de até 5 anos tornaria frágil a compreensão de que não haveria exame da responsabilidade do acusado, ainda que de forma implícita.

<sup>594</sup> LANGER, 2010, p. 64.

<sup>595</sup> LANGER, 2010, p. 65-66.

<sup>596</sup> Por isto Langer (2010, p. 65-66) entende que o *patteggiamento* está mais próximo do *nolo contendere* americano.

<sup>597</sup> Com a Lei nº 27 de 2001, porém, admite-se a produção de consequências disciplinares frente às autoridades públicas (ANGELINI, 2013, p. 228).

<sup>598</sup> FERNANDES, 2001, p. 229.

<sup>599</sup> NEVES, 2013, p. 44.

Porém, a jurisprudência italiana caminha em sentido diferenciado. A Corte de Cassação já decidiu que o *patteggiamento* constitui uma forma de admissão de responsabilidade, com renúncia, ainda que tácita, da presunção de inocência,<sup>600</sup> na medida em que não existe possibilidade de aplicação de qualquer forma de pena se não houver reconhecimento de responsabilidade.<sup>601</sup>

Isso porque o julgador deve dizer as hipóteses de absolvição, pelo que também está vinculado à obrigação de estabelecer a culpa, obedecidos aos limites do procedimento simplificado.<sup>602</sup> Como apontado pela Corte Constitucional, o arguido, ao celebrar o acordo que leva à aplicação de uma pena, não nega sua responsabilidade sobre o episódio criminoso.<sup>603</sup>

Tal compreensão vai impulsionada pelo artigo 653, nº 1-*bis*, do Código de Processo Penal italiano. Como se depreende de seus termos, a sentença prolatada no *patteggiamento* produz efeitos nos juízos disciplinares, o que tem sido entendido como compatível com o instituto, conforme a jurisprudência constitucional italiana.<sup>604</sup> Haveria, portanto, uma valoração de prova pelo Judiciário no momento da apreciação da condenação decorrente dele, inclusive com a condição de revogar eventual suspensão condicional da pena que tenha sido concedida anteriormente.<sup>605</sup>

Aliás, é relevante mencionar que o próprio texto legal equipara a sentença decorrente do *patteggiamento* com aquela pronúncia prolatada em casos de condenação (conforme o artigo 445, nº 1-*bis*, parte final, do Código de Processo Penal italiano).

Ao decidir de tal forma, a Corte Constitucional italiana passa a dar contornos de sentença condenatória à decisão vinculada ao *patteggiamento*.<sup>606</sup> Acaba, desta maneira, por modificar uma compreensão inicial do instituto em comento, que era estimulado pela não produção de efeitos em outros juízos,<sup>607</sup> o que o torna mais próximo da *plea bargaining*.

<sup>600</sup> Callari (2012, p. 15), a partir de várias decisões citadas em seu texto em referido sentido.

<sup>601</sup> É a corrente que define a sentença prolatada no *patteggiamento de natura accertativa* (TONINI, 2012, p. 761).

<sup>602</sup> Como expõe Frommann (2009, p. 213-214), o *patteggiamento* não permite a condenação sem o estabelecimento da culpa do acusado, pois, do contrário, deve ele ser absolvido. Entretanto, pondera, a obrigação de estabelecimento da culpa deve ser adequada à natureza simplificada do procedimento.

<sup>603</sup> ITÁLIA. Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. Sentenza nº 313/1990, documento não paginado.

<sup>604</sup> AMODIO, 2012, p. 115.

<sup>605</sup> AMODIO, 2012, p. 115.

<sup>606</sup> AMODIO, 2012, p. 115.

<sup>607</sup> AMODIO, 2012, p. 116.

Evidentemente, tudo o que foi aqui explicitado deve ser decorrente de um ato voluntário por parte do acusado, nos termos do artigo 446, nº 5, do Código de Processo Penal italiano.

Conhece-se, da mesma forma, o chamado *procedimento per decreto* (Código de Processo Penal italiano, artigo 459 ao artigo 464), no qual o Ministério Público requer a aplicação de pena pecuniária, ainda que substitutiva, ou aplicação de pena diminuída até a metade do que determinado em lei para o caso concreto<sup>608</sup> (além de eventuais penas acessórias), mas sem a possibilidade de aplicação se for caso de medida de segurança.<sup>609</sup> Caso o juízo aceite tal aplicação, dar-se-á conhecimento ao acusado, que poderá exercer a *opposizione*, o que impediria a execução da pena. Se concordar com a pena imposta ou permanecer inerte durante o prazo para oposição,<sup>610</sup> ela passará a ser executável, em um processo de forte teor inquisitorial, já que a pena é imposta com o que se conheceu na fase investigatória.<sup>611</sup>

Se não for acolhida a proposta pelo juízo ou não for caso de aplicação de sentença de absolvição nos termos do artigo 129 do Código de Processo Penal italiano, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para adoção das providências pertinentes.

É importante referir que o decreto aplicado com base nesse procedimento é irrevogável (Código de Processo Penal italiano, artigo 648, 3), nem mesmo recorrível, transformando-se em título executivo para os fins penais, não produzindo efeitos civis, por exemplo,<sup>612</sup> o que aproxima o instituto do *nolo contendere* americano.

Também cabe falar no *giudizio abbreviato*, no qual há um acordo sobre o rito do processo, o que autoriza o juiz decidir livremente a partir da prova disponibilizada, e também permite a redução da pena pela adoção do rito mais célere,<sup>613</sup> que pode ser de um terço ou de definição máxima em 30 anos, caso a pena inicialmente prevista seja perpétua.<sup>614,615</sup> Estabelecido entre os artigos 438 a 443 do Código, prevê que o arguido venha a solicitar o julgamento da causa já na audiência preliminar (afinal, é necessário que ele se contente com a prova já produzida para fins de eventual condenação), uma vez já oferecida a acusação e

---

<sup>608</sup> PERRODET, 2005, p. 224.

<sup>609</sup> BUONO; BENTIVOGLIO, 1991, p. 103.

<sup>610</sup> Caso haja a oposição, nada impede que o acusado peça a aplicação da pena a pedido (BUONO; BENTIVOGLIO, 1991, p. 104).

<sup>611</sup> TORRÃO, 2000, p. 174.

<sup>612</sup> TONINI, 2012, p. 778.

<sup>613</sup> TORRÃO, 2000, p. 175.

<sup>614</sup> BUONO; BENTIVOGLIO, 1991, p. 84.

<sup>615</sup> Entretanto, não há aplicabilidade da substituição da prisão perpétua nos chamados crimes sérios, como os ligados ao crime organizado; e, nas hipóteses de previsão de prisão perpétua cumulada com isolamento diurno, é possível o afastamento do último (PERRODET, 2005, p. 377).

possibilitada a apreciação dos autos pela defesa.<sup>616</sup> Foi retirada a necessidade de concordância pelo Ministério Público a partir da Lei nº 479 de 1999, bem como tal lei possibilitou a realização de prova por requerimento da defesa, com o propósito de evitar-se a não adoção do rito especial por insuficiência probatória.<sup>617</sup>

O *giudizio abbreviato* caracteriza-se por sua aproximação com a *common law*, da mesma forma que o *patteggiamento*.<sup>618</sup>

Entretanto, o *patteggiamento* diferencia-se do *giudizio abbreviato*. No primeiro caso, o arguido possui informações suficientes sobre a pena a ser aplicada pelo juízo na hipótese de aceitação do acordo, de forma que a não utilização de direitos processuais pelo arguido vem justificada pelo conhecimento acerca da condenação e da pena; por outro lado, na segunda hipótese, são desconhecidas as possibilidades de êxito da demanda penal, e o montante de pena sobre a qual haverá a aplicação da diminuição legal.<sup>619</sup>

---

<sup>616</sup> Buono e Bentivoglio (1991, p. 84), que indicam haver restrições ao direito de recorrer quando das decisões lançadas nesse procedimento, como nos casos de fixação de pena de multa, de não aplicação de pena (restrição para o arguido). O Ministério Público também possui restrição, por somente poder recorrer quando houver modificação da definição jurídica.

<sup>617</sup> PERRODET, 2005, p. 376.

<sup>618</sup> AMODIO, 2012, p. 109.

<sup>619</sup> TONINI, 2012, p. 749.

## 4 O CONSENSO EM PORTUGAL E NO BRASIL

Portugal e Brasil não se caracterizam por fazerem da negociação de sentença criminal um elemento característico de seus sistemas.

Não obstante, as formas de consenso neles existentes justifica o estudo no presente trabalho, seja pela afinidade, seja por integrarem realidades jurídicas para as quais o presente estudo também guarda interesse.

Ademais, características dos consensos neles estabelecidos auxiliam nas respostas relativas às perguntas que envolvem a presente pesquisa.

### 4.1 A realidade portuguesa

Em Portugal, vige a estrutura acusatória<sup>620</sup> com a presença de um princípio investigatório.<sup>621</sup> Por ele, a valoração realizada pelos magistrados do Ministério Público lusitano está atrelada, em uma primeira compreensão, ao princípio da legalidade,<sup>622</sup> circunscrito à objetividade que o determina.<sup>623</sup> Há o controle judicial da acusação proposta ou não, já que pode haver a abertura da instrução em um ou outro caso (conforme o artigo 287º, nº 1 e suas alíneas do Código de Processo Penal português), com o firme propósito de controlar-se os danos que a mera sujeição ao processo determina ou o descumprimento de determinada função.<sup>624</sup>

Entretanto, a considerar a nova compreensão acerca da necessidade de intervenção penal,<sup>625</sup> motivada pelos custos econômicos, sociais e individuais envolvidos, buscam-se não apenas formas de diversão, mas formas de continuidade da obrigação de intervenção mais limitada e/ou encurtada, com dispensa de julgamento, e salvaguarda das verdadeiras necessidades de intervenção penal.<sup>626,627</sup>

Com o Código de Processo Penal de 1987, o legislador português colocou a eficiência como uma condição básica para o exercício do poder estatal retratado no processo penal,

<sup>620</sup> Por expressa disposição constitucional (Constituição da República de Portugal, artigo 32º, nº 5).

<sup>621</sup> Código de Processo Penal, artigo 340; e Figueiredo Dias (2011, p. 46).

<sup>622</sup> Constituição da República de Portugal, artigo 219º, nº 1.

<sup>623</sup> CAEIRO, 2000, p. 34.

<sup>624</sup> FERNANDES, 2001, p. 529.

<sup>625</sup> É a adequação portuguesa a um fenômeno que já vinha multiplicado em outros países europeus, com a predominância de institutos de informalidade, cooperação, consenso, oportunidade, eficácia, celeridade, diversão e ressocialização (COSTA ANDRADE, 1991, p. 320).

<sup>626</sup> ALMEIDA, 1998, p. 49-50.

<sup>627</sup> Desveste-se da regra da exclusividade da decisão judicial e passa-se a uma interação entre os sujeitos para a realização da justiça do caso (MESQUITA, 2010, p. 19).

perseguição a ser exercida de forma limitada e proporcional. Assim, dentre outras modificações, introduziu a discussão sobre o objeto do processo penal ao acordo entre as partes, naquilo que se pode dizer de “um projeto político ainda mais ambicioso de ‘desjudiciarização’ ou de ‘diversão judicial’ (*judicial diversion*) e não apenas da funcionalização acrescida do sistema”.<sup>628</sup>

Dessa forma, o Código de Processo Penal diferenciou dois caminhos para solução do processo penal (corte vertical), ao definir uma área de conflito (processo sumário, abreviado e comum) e uma área de consenso (arquivamento em caso de dispensa de pena, suspensão provisória do processo e processo sumaríssimo), desde que, contudo, haja indícios suficientes da ocorrência do delito e da autoria.<sup>629</sup>

As medidas adotadas em Portugal não foram inovações ali criadas, mas a adoção de caminhos que foram testados em momento anterior noutros países dentro do contexto europeu e nos próprios Estados Unidos,<sup>630</sup> com o propósito de aumentar a efetividade judicial, a consideração de justiça e o caráter humanístico dos envolvidos.<sup>631</sup>

A diversão em Portugal pode se dar de forma extra-processual (como nas hipóteses de crimes particulares e semi-públicos, pois a iniciativa depende da vontade dos ofendidos, o que pode ser suprimido por diversas causas, mesmo de caráter não jurídico, mas que sejam suficientes para os interesses e soluções do conflito) e intra-processual (como a suspensão provisória do processo – vinculada a determinados requisitos).<sup>632</sup>

Consequentemente, a atividade de repressão penal passou a contar com uma maior igualdade dos sujeitos processuais, na medida em que arguido e vítima passaram a contar com maiores participações na resolução do conflito, da mesma forma como se preserva a privacidade do arguido antes da decretação de sua culpa por um tribunal.<sup>633</sup>

Em Portugal, vigente que é o princípio da obrigatoriedade da ação penal, nota-se a concessão de espaços de sua mitigação (dita como mecanismos próprios da oportunidade), mas que tornam, em verdade, não o caminho para a oportunidade em si, representando mesmo *exceções ao princípio da legalidade vigente*.<sup>634,635</sup>

---

<sup>628</sup> ALBUQUERQUE, 2003, p. 994.

<sup>629</sup> CARMO, 2004, p. 118.

<sup>630</sup> SILVA DIAS, 2008, p. 41.

<sup>631</sup> SILVA DIAS, 2008, p. 44.

<sup>632</sup> Silva Dias (2008, p. 42), que afirma que a decisão tem características discricionárias, apesar da submissão aos requisitos.

<sup>633</sup> ALBUQUERQUE, 2003, p. 994.

<sup>634</sup> PINTO, 2005, p. 95-96.

<sup>635</sup> Germano Marques da Silva (1994b, p. 32) entende que as situações de suspensão provisória do processo, arquivamento do inquérito em caso de dispensa ou de isenção de pena e o processo sumaríssimo compreendem uma forma de oportunidade, de natureza mitigada.

O sistema estabelecido em Portugal tem amplo reconhecimento dentro da Europa, em um sistema que distingue entre pequena, média e grande criminalidade, conferindo às duas primeiras a possibilidade de resolução consensual (desburocratização, simplificação, desformalização, celeridade, participação e consenso), enquanto que, para última, permanece a forma de conflito.<sup>636</sup> A grande diferença em relação a outros sistemas decorre da inclusão da vítima como um sujeito processual (na figura do assistente), com possibilidade de oposição aos termos da suspensão provisória do processo.<sup>637</sup>

Pondera-se que são causas gerais de arquivamento do inquérito o recolhimento de prova bastante de não se ter verificado o crime, a ausência de prova bastante acerca da participação do arguido no fato, ser legalmente inadmissível o procedimento, a ausência de indícios suficientes quanto à ocorrência do crime ou da participação do arguido a qualquer título.<sup>638</sup> Ou seja, é o afastamento da ação penal pela ausência de base fática para ela, dentro da concepção de legalidade/obligatoriedade que refere o sistema.

Para fins do presente trabalho, é possível apresentar que inexistente a negociação de sentença criminal propriamente dita consagrada no direito lusitano. Entretanto, são conhecidos alguns métodos de diversão em especial que mitigam as regras portuguesas gerais de legalidade e de obligatoriedade da ação penal.<sup>639,640</sup> Aliás, as reformas recentes procuraram privilegiar a proteção da vítima e a eficácia processual penal, insculpida em normativa constitucional.<sup>641</sup>

Passa-se, agora, às hipóteses conhecidas de consenso em Portugal.

#### 4.1.1 O arquivamento em caso de dispensa de pena

O primeiro método de diversão a ser apontado vem elencado no artigo 280º e seus números 1, 2 e 3 do Código de Processo Penal português. Consoante se infere, é possível o arquivamento do processo pelo Ministério Público, com a devida concordância do juiz da

<sup>636</sup> GALAIN PALERMO, 2006, p. 58.

<sup>637</sup> GALAIN PALERMO, 2006, p. 61.

<sup>638</sup> Código de Processo Penal português, artigo 277º, nº 1 e nº 2 – com a compreensão de que a instrução, de cunho facultativo (hipóteses previstas no artigo 287), também se destina à comprovação judicial da decisão de deduzir a acusação ou de arquivar em ordem a submeter ou não a causa a julgamento (artigo 286, nº 1 e nº 2).

<sup>639</sup> RIBEIRO, 2002, p. 398-399.

<sup>640</sup> O Código de Processo Penal português estabelece que a notícia de um crime obriga à abertura de inquérito, observadas ressalvas legais (artigo 262, nº 2), bem como que deve ser deduzida a acusação quando houver indícios suficientes da prática de crime e de sua autoria durante o inquérito (artigo 283) – compreendem deveres da atuação funcional do Ministério Público, que podem apresentar tanto o controle hierárquico *interna corporis* como, também, o judicial (CAEIRO, 2000, p. 34-35).

<sup>641</sup> SOUSA MENDES, 2013, p. 42, 45.

instrução, nas hipóteses em que haja expressa previsão legal de dispensa da pena para o crime em questão – desde que, por óbvio, estejam faticamente presentes os pressupostos dela.

Trata-se de uma hipótese de diversão simples.

Tem ele cabimento nas hipóteses de crimes públicos ou semi-públicos.

Se os pressupostos de dispensa de pena estiverem presentes quando já tiver sido deduzida a acusação, o juízo da instrução poderá arquivar o processo, desde que haja concordância tanto do Ministério Público como do arguido.<sup>642</sup>

A aceitação, aqui, por parte do arguido assemelha-se ao *nolo contendere* americano, por não haver qualquer assunção de culpa a ser punida. Se houver necessidade de discussão dela, tal deve ser feita em processo específico e não se embasa por aqui.

E, como corolário lógico do que consta exposto, na medida em que há concordância com o arquivamento, a decisão que o determina, nos termos do artigo já mencionado, não está sujeita a impugnações, pela própria falta de interesse dos sujeitos processuais que manifestaram aquiescência com ela.<sup>643</sup>

O que deve ser observado em relação ao arquivamento em caso de dispensa de pena é que são necessários indícios dos fatos penais, inclusive no que pertine à autoria. Caso eles não existam, a causa de arquivamento será outra. Como apontado anteriormente, uma vez presentes tais requisitos, devem ser analisadas as questões atinentes à eventual dispensa de pena, que justificam o arquivamento como forma de regulação da ordem social e de reintegração do agente ao convívio coletivo<sup>644</sup> - a prevenção deve ser contemplada em tal contexto.<sup>645,646</sup>

A culpa aqui mencionada é aquela que, se comparada com as demais em casos assemelhados, se mostra abaixo da “média”, sempre em comparação com os fatos idênticos. Além disto, a reparação do dano mostra-se como uma figura de relevo quanto ao arquivamento por dispensa de pena, sempre vinculado à existência de alguma vítima, que deverá noticiar o seu interesse e a efetiva reparação, se assim for.<sup>647</sup>

---

<sup>642</sup> É uma forma de salvaguarda da verdade e do conflito realmente estabelecido e que origina o processo penal, porque a ausência de concordância do arguido pode levar ao embate pela busca da inocência (COSTA ANDRADE, 1991, p. 336-337).

<sup>643</sup> A propósito, cabe ser dito que o arguido não dispõe de interesse algum em impugnar a decisão de arquivamento quando ela tiver acontecido antes da dedução da acusação, pelo simples fato de que não é ele que move ação penal contra si próprio, somado à circunstância de que não lhe causa prejuízo algum.

<sup>644</sup> CONDE CORREIA, 2007, p. 76-77.

<sup>645</sup> CONDE CORREIA, 2007, p. 79.

<sup>646</sup> Momento no qual também apresenta que a confissão é um excelente indicativo acerca da prevenção a ser satisfeita.

<sup>647</sup> CONDE CORREIA, 2007, p. 79.



A salvaguarda relativa à necessidade de concordância judicial deve ser vista com reservas, na medida que seu controle deve dizer respeito aos pressupostos legais do arquivamento. Isto porque há a necessidade de respeito ao sistema acusatório, o que pode transformar o juiz em parte interessada no julgamento do feito (no caso, juiz de instrução), especialmente porque pode obrigar o Ministério Público a propor uma ação para o qual não está convencido.<sup>648</sup> Se ao juiz da instrução for conferido o poder de revogar a manifestação ministerial quanto ao arquivamento e ordenar a acusação ou realização de diligências, estará ele convertido em titular da ação penal, pelo que estaria rompido o equilíbrio do processo.<sup>649</sup>

O despacho de arquivamento tem força de caso julgado (artigo 280º do Código de Processo Penal português).

#### 4.1.2 A suspensão provisória do processo

Outra hipótese vem demonstrada no artigo 281º do já citado código, que estabelece a suspensão provisória do processo, direcionada à média e à pequena criminalidade, como forma de atenuar o efeito social causado ao criminoso ocasional.<sup>650</sup> Para que ela seja perfectibilizada, há a necessidade de aceitação por parte do Ministério Público, do juiz da instrução criminal, do arguido (réu) e do assistente, pelo que cria espaços de consenso como forma de administração da justiça penal e permite a efetiva participação de todos os sujeitos processuais.<sup>651</sup>

É uma hipótese de diversão com intervenção.<sup>652</sup>

<sup>648</sup> CONDE CORREIA, 2007, p. 81.

<sup>649</sup> JACINTO, 2009, p. 38-39.

<sup>650</sup> De referir que não houve qualquer declaração de obstáculo constitucional quanto à suspensão provisória do processo em si. Entretanto, em sua redação original, a suspensão provisória do processo e a imposição de injunções e regras de conduta eram decisões do Ministério Público português, sem a participação judicial. Assim, por considerar que a ausência de manifestação judicial violava os artigos 206º e 32º, nº 4, da Constituição da República de Portugal, o Tribunal Constitucional julgou haver inconstitucionalidade na atribuição de decisão, unicamente, pelo Ministério Público (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo nº 302/86. Acórdão nº 7/87, p. 504(13)) – por oportuno, cabe dizer que a decisão acerca da constitucionalidade da suspensão provisória do processo deu-se por maioria de votos, como se observa, p. ex., da leitura do voto do Conselheiro Vital Moreira, por compreender que haveria uma discricionariedade do Ministério Público, o que afrontaria a legalidade e a igualdade constitucionalmente impostas em solo lusitano (além daquilo que fora ponderado antes e da possibilidade de que alguma das injunções caracterizarem pena – (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo nº 302/86. Acórdão nº 7/87, p. 504(17)). Por consequência, houve a adequação para a redação hoje vigente acerca da necessidade de participação judicial tanto na suspensão quanto nas definições de injunções e regras de conduta.

<sup>651</sup> TORRÃO, 2000, p. 141.

<sup>652</sup> O arranjo específico entre a vítima e seu ofensor é o verdadeiro núcleo da suspensão, porque dá a resposta necessária ao ofendido e diminui a estigmatização daquele que comete o crime (ALMEIDA, 1998, p. 53).

A suspensão provisória do processo caracteriza-se por ser mais uma forma de tratamento processual à pequena criminalidade, criada que foi com base no direito comparado, sendo um relevante instrumento posto à disposição dos sujeitos processuais. Vem ela definida quando findo o inquérito, desde que presentes suas condições. O fato de ela apresentar regras e injunções próximas da suspensão condicional da pena decorre da circunstância de ser uma antecipação do tratamento jurídico penal, com dispensa da atividade processual de custos elevados.<sup>653</sup>

Aqui, o exame da conformação feito pelo Ministério Público deve observar, necessariamente, os princípios e valorações de política criminal.<sup>654</sup>

Segundo o artigo 281 do Código de Processo Penal português, são requisitos para a suspensão provisória do processo:

- a) ser o crime punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão;
- b) determinação pelo Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente;
- c) concordância do juiz de instrução, do arguido e do assistente;<sup>655</sup>
- d) ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza;
- e) ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza;
- f) não haver lugar a medida de segurança de internamento;
- g) ausência de um grau de culpa elevado; e
- h) previsão de que o cumprimento das injunções e regras de conduta<sup>656</sup> responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam

<sup>653</sup> MAIA GONÇALVES, 1998, p. 528.

<sup>654</sup> De observar que, conforme o artigo 219, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, o Ministério Público, dentre outras funções, participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania.

<sup>655</sup> É dispensada a concordância do assistente na hipótese do artigo 203 do Código Penal (crime de furto) quando a conduta ocorrer em estabelecimento comercial, durante o período de abertura ao público, relativamente à subtração de coisas móveis de valor diminuto e desde que tenha havido recuperação imediata destas, salvo quando cometida por duas ou mais pessoas (nº 9 do artigo 281). Conforme Galain Palermo (2010, p. 843), a forma de participação prevista no direito português não encontra paralelo dentro do direito comparado, pelo que é possível afirmar que, além das necessidades de administração da justiça, o consenso também está interessado nas necessidades de expectativa do autor e da vítima. Para Costa Andrade (1991, p. 337), confirma uma tendência atual da Criminologia, no sentido de sua importância para o sistema formal, bem como preserva o Estado de Direito no processo penal, da mesma forma como estabelece um limite à conflitualidade.

<sup>656</sup> São descritas 12 alíneas no nº 2 do artigo 281 do Código de Processo Penal português, com injunções e regras de conduta passíveis de aplicação, de forma conjunta ou isolada. Dentre outras, podem ser citadas: a indenização ao lesado, satisfação moral adequada ao lesado, a entrega ao Estado ou instituições privadas de solidariedade social quantia em dinheiro ou prestação de serviço de interesse público, a residência em determinado lugar, a frequência a certos programas ou atividades, o não exercício de determinadas profissões e a não frequência a certos meios e lugares. Por oportuno, calha citar que, nos casos previstos na legislação de combate à droga, além

sentir,<sup>657</sup> desde que tais injunções e regras de conduta não ofendam a dignidade do arguido (nº 4).

Por oportuno, cumpre frisar que as injunções e as regras de conduta não se confundem com a noção de pena que é prevista no direito penal material, nem estão atreladas à noção de censura decorrente da ideia de culpa – tratamento assemelhado ao que acontece no sistema brasileiro, fortemente influenciado pelo instituto lusitano.<sup>658,659</sup>

Noutros termos, na suspensão provisória do processo, as injunções e regras de conduta adquirem feição de uma “sanção especial não penal”,<sup>660</sup> visto que não estão ligadas à qualquer hipótese de censura vinculada à culpa (não pode ser coagido a qualquer aceitação nem a seu cumprimento efetivo, visto que sempre vinculada à vontade), mas em uma perspectiva voltada para fins de prevenção com manutenção da presunção de inocência – refoge-se da retribuição.<sup>661</sup>

Tal como já mencionado no que tange ao arquivamento previsto no artigo 280, a presença de todas as concordâncias levam à conclusão exposta no nº 6 do artigo 281, qual seja, a de que a decisão de suspensão não é suscetível de impugnação.

Um detalhe importante vem previsto no nº 7 do artigo 281: diferentemente do que se aplica ao sistema jurídico brasileiro, é cabível a suspensão provisória do processo nos casos de violência doméstica (desde que não seja agravado pelo resultado), mediante o requerimento livre e esclarecido da vítima.<sup>662</sup>

---

das regras de conduta a que se refere o nº 2 do artigo 281.º do Código de Processo Penal, impor-se-á ao arguido, verificado o estado de toxicodependência, o tratamento ou internamento em estabelecimento apropriado, bem como serão apreendidas e declaradas perdidas a favor do Estado as substâncias e preparações que tiverem servido ou estivessem destinadas a servir para a prática dos crimes. Saliente-se que, por força do nº 3, deve ser obrigatoriamente oponível a aplicação da proibição de condução de veículos com motor na hipótese de ser ela prevista como pena acessória. Apesar de as regras de conduta e injunções aqui previstas terem coincidência com as penas diversas da prisão que estão previstas no Código Penal, a notável diferença que existe é a circunstância de que, na suspensão provisória, há uma proposta ao arguido, que não está obrigado à concordância – quando decorre ela de condenação, há a obrigatoriedade do cumprimento, com possibilidade de intervenção estatal em sua liberdade, já que se trata de uma imposição (ALMEIDA, 1998, p. 62-63). Convém frisar que Galain Palermo (2010, p. 846) define a imposição de regras e injunções como *sanções consentidas por seu destinatário*.

<sup>657</sup> Há a necessidade de confirmar-se a confiança nas normas jurídicas, pelo que nunca pode ser desconsiderado em medidas de diversão (SOUZA MENDES, 2013, p. 81).

<sup>658</sup> RIBEIRO, 2002, p. 400-401.

<sup>659</sup> Como diz Costa Andrade (1991, p. 354), aqui se fala em aplicação de injunções e de regras a partir das noções de prevenção, não de repressão. Por oportuno, na linha do que expõe Galain Palermo (2005, p. 186), vale dizer que a opção por tais medidas alternativas não atrapalha o que ele chama de “coherencia del sistema”, já que não causa uma diminuição da capacidade que a norma quer estabelecer.

<sup>660</sup> COSTA ANDRADE, 1991, p. 353.

<sup>661</sup> COSTA ANDRADE, 1991, p. 354.

<sup>662</sup> Como será visto em momento oportuno, o sistema jurídico brasileiro não admite a aplicação das medidas despenalizadoras em casos de violência doméstica. Para a hipótese, também se exige que o arguido não tenha sido condenado por crime da mesma natureza anteriormente, assim como não tenha recebido o benefício da suspensão provisória em momento anterior também por crime da mesma natureza.

Por força do nº 8, em processos por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravado pelo resultado, o Ministério Público, tendo em conta o interesse da vítima, determina a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido. Nisto, difere-se de seu paradigma alemão, pois neste há suficiência com o acordo entre o Ministério Público e o arguido; também se afasta da *plea bargaining* e da *guilty plea* porque nenhum acordo entre Ministério Público e arguido pode ser feito sem concordância judicial.<sup>663</sup>

O artigo 282 detalha algumas questões atinentes à suspensão, a saber:

- a) pode ir até dois anos, salvo nas hipóteses elencadas no nº 5<sup>664</sup> do artigo em questão;
- b) a prescrição não corre no decurso do prazo de suspensão do processo;
- c) se o arguido cumprir as injunções e regras de conduta, o Ministério Público arquiva o processo, não podendo ser reaberto;
- d) o processo prossegue e as prestações feitas não podem ser repetidas se o arguido não cumprir as injunções e regras de conduta ou se, durante o prazo de suspensão do processo, o arguido cometer crime da mesma natureza pelo qual venha a ser condenado.

A consequência do descumprimento dos termos da suspensão provisória processo é o retorno ao seu andamento ordinário, a partir do momento em que ele passou a ser suspenso, com a impossibilidade de que seja repetido o que já fora cumprido.<sup>665,666</sup>

Com isto, é possível dizer, com similitude do que ocorre com a suspensão condicional do processo brasileira, que há um acordo quanto ao processo em si, não quanto à responsabilização, o que afasta o benefício da *plea bargaining* e do *patteggiamento*.<sup>667</sup> A matéria fática deve ser rediscutida no juízo não penal, pelo que se aproxima do *nolo contendere* americano.

Um detalhe de relevo a ser trazido é o fato de que tais disposições aparecem no capítulo relativo ao encerramento do inquérito dentro do código português. Assim, o princípio

<sup>663</sup> GALAIN PALERMO, 2010, p. 844-845.

<sup>664</sup> Como casos de violência doméstica não agravados pelo resultado, situações nas quais o prazo deve ser de até 5 anos.

<sup>665</sup> TORRÃO, 2000, p. 231-232.

<sup>666</sup> Assim se expõe com base no artigo 282º, nº 3, parte final, do Código de Processo Penal português, já que há a determinação de que os prazos voltem a seguir como se a suspensão não tivesse acontecido, bem como prevê que não haverá mais possibilidade de repetir o que fora eventualmente cumprido. Na linha do que expõe o mesmo artigo, o descumprimento deve ter sido culposos (TORRÃO, 2000, p. 231-232).

<sup>667</sup> TORRÃO, 2000, p. 234.

da legalidade encontra-se com questões político-criminais inerentes ao sistema penal, já que a continuidade da persecução não traria mais vantagens do que as medidas antes indicadas.<sup>668</sup>

Do exposto acima, não se está diante da discricionariedade ao ser aplicado o instituto em pauta (não surge a partir de conveniência do Ministério Público, mas em casos e condições expressamente limitadas pela lei), mas uma obrigatoriedade menos rígida, com uma maior maleabilidade.<sup>669,670</sup> Pode-se apresentar como elemento de vantagem o fato de que o arguido submete-se a um conjunto de regras e de injunções, mas seu reconhecimento de responsabilidade é ainda feito dentro do princípio da presunção de inocência.<sup>671</sup>

A suspensão provisória do processo tem, como vantagem, o fato de dizer com uma conciliação ampla, dado que exige a participação do assistente e do arguido, especialmente porque diz respeito, em regras gerais, com uma criminalidade de afrontamento entre aquele que delinque e aquele que sofre com a delinquência (a vítima tem maior presença no fato).<sup>672</sup> Além disto, afastam rótulos de frustração, de adulteração, de não pertencimento à comunidade.<sup>673</sup>

No caso de concurso de crimes, ainda deve ser obedecido ao limite máximo imposto por lei, pelo que não se admite a suspensão quanto a um e seguimento quanto aos demais, até mesmo pela culpa apresentada.<sup>674</sup>

Mais uma vez, o consentimento do arguido deve ser livre, esclarecido e na presença de defensor.<sup>675</sup>

Justificam a discordância judicial com a suspensão provisória a existência de alguma causa que impeça o seguimento da ação penal, como a prescrição, bem como se as regras e

<sup>668</sup> FERNANDES, 2001, p. 564.

<sup>669</sup> FERNANDES, 2001, p. 565-566

<sup>670</sup> É caso de uma *legalidade aberta* (FERNANDES, 2001, p. 565-566). Carmo (2004, p. 120) também define a questão portuguesa como *legalidade aberta*, pois violaria a igualdade dos cidadãos a não aplicação de institutos por razões diversas daquelas que estão expostas em lei para sua aplicação. Na mesma linha, Caeiro (2000, p. 42), na medida em que a atuação ainda está vinculada aos termos legais. Costa Andrade (1991, p. 352) comunga da compreensão de que há uma *legalidade aberta* no que diz com a suspensão provisória do processo, dada a necessidade de observação dos limites e vinculações expostos na legislação para sua ocorrência. Entretanto, no que diz com o arquivamento nas hipóteses de dispensa ou isenção de pena, entende haver uma *oportunidade condicionada*, pois há um juízo de valor que indica que o fato ali descrito está abaixo da necessidade de *ultima ratio* do Direito Penal, pelo que não merece qualquer resposta (COSTA ANDRADE, 1991, p. 351-352). Monte (2005, p. 69) entende que há afloramento de oportunidade dentro do processo penal português, mas ainda vinculado ao princípio da legalidade, na medida em que o consenso ainda está vinculado a determinados requisitos legais.

<sup>671</sup> Galain Palermo (2010, p. 847), que exalta as qualidades do instituto lusitano, definindo-o como uma *terceira via penal*.

<sup>672</sup> COSTA ANDRADE, 1991, p. 348.

<sup>673</sup> COSTA ANDRADE, 1991, p. 349.

<sup>674</sup> CONDE CORREIA, 2007, p. 90.

<sup>675</sup> CONDE CORREIA, 2007, p. 90.

injunções ofenderem a dignidade pessoal do arguido e a proporcionalidade que demonstrem serem elas excessivas e injustificadas.<sup>676</sup>

É fácil perceber que a exigência de concordância judicial para a suspensão condicional do processo está atrelada a uma tradição inquisitória. De aplicador do direito, converte-se em definidor de sua própria aplicação.<sup>677</sup> Isto porque se compreende que haveria a necessidade de controle judicial da atuação do Ministério Público e a noção de que este não poderia, ao mesmo passo, investigar, acusar e sancionar simultaneamente.<sup>678</sup>

Contra tais argumentos, é possível dizer que as injunções e regras não são dotadas de caráter penal e sua aplicabilidade depende da manifestação de vontade do arguido.<sup>679</sup>

Na linha exposta por Adérito Teixeira,<sup>680</sup> não haveria diminuição da liberdade na aceitação da suspensão provisória do processo, pois sempre presente a possibilidade de sujeição ao processo. Isto faz com que as regras e injunções não tenham consigo uma definição de censura, também porque não há estrita verificação da culpa - o que se quer é afirmar a validade da norma.

Na medida em que não se trata de pena, não há qualquer necessidade de aferição de imagem daquele que investiga e daquele que julga, até porque, se presentes os pressupostos legalmente exigidos para a suspensão provisória do processo, cessa o dever de acusar e surge a obrigação de suspender o feito.<sup>681</sup> O juiz exerce jurisdição junto àquilo que lhe é apresentado e, por ser inerte, não participa da definição daquilo que lhe será apresentado.<sup>682</sup>

Entretanto, o Tribunal Constitucional, seguido pelo legislador, adotou uma medida de ampliação dos poderes judiciais, na medida em que deu a ele maiores capacidade de cognição da causa, já que pode ele discordar da suspensão proposta, ainda que satisfeitos Ministério Público, arguido, defensor, assistente e vítima.<sup>683</sup>

Não se está a considerar o completo afastamento do juízo quanto ao exame do benefício. Entretanto, a “concordância” judicial deveria ser dada quanto aos requisitos exigidos por lei para sua aplicação, não podendo impor condições mais severas do que as propostas pelo Ministério Público.<sup>684</sup>

---

<sup>676</sup> CONDE CORREIA, 2009, p. 75.

<sup>677</sup> CONDE CORREIA, 2009, p. 44-46.

<sup>678</sup> CONDE CORREIA, 2009, p. 50-51.

<sup>679</sup> CONDE CORREIA, 2009, p. 51-52.

<sup>680</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, 2006, p. 70-71.

<sup>681</sup> CONDE CORREIA, 2009, p. 53-54.

<sup>682</sup> CONDE CORREIA, 2009, p. 55.

<sup>683</sup> CONDE CORREIA, 2009, p. 58-59.

<sup>684</sup> CONDE CORREIA, 2007, p. 93-94.

Seria mais consentâneo adotar providências para reexame pelo próprio Ministério Público, conforme os termos do artigo 28 do Código de Processo Penal brasileiro,<sup>685</sup> por exemplo. Do contrário, o Ministério Público terá de sustentar uma acusação com a qual não concorda em prosseguir e que já expôs o limite para sua apuração, sem aplicação de uma pena propriamente dita.<sup>686</sup>

Uma vez cumprida a suspensão provisória do processo, a ação penal está resolvida, pelo que há preclusão de qualquer possibilidade de novo ajuizamento acerca do(s) mesmo(s) fato(s),<sup>687,688</sup> ao passo que, no descumprimento, o processo terá seguimento e as prestações feitas não poderão ser repetidas.<sup>689</sup>

Cabem, aqui, as mesmas observações relacionadas ao arquivamento anteriormente analisado, na medida em que se trata de um instituto mais próximo do *nolo contendere* americano.

#### 4.1.3 O procedimento sumaríssimo

Deve-se, igualmente, falar na hipótese de procedimento sumaríssimo. Aqui, ocorre o reconhecimento da imputação feita pelo Ministério Público, bem como há a aceitação das sanções propostas.<sup>690</sup>

Sua regulamentação consta dos artigos 392 a 398 do Código de Processo Penal português.

No que diz com o procedimento sumaríssimo, o inquérito é realizado pelo Ministério Público com o objetivo de justificar a adoção do procedimento mencionado. Formulada a acusação e com o reconhecimento do arguido, não haverá a necessidade de realização da

---

<sup>685</sup> Como diz o artigo 28 do Código de Processo Penal brasileiro: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

<sup>686</sup> CONDE CORREIA, 2009, p. 64.

<sup>687</sup> CONDE CORREIA, 2007, p. 99.

<sup>688</sup> Isto, inclusive, é consequência do artigo 54º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, que proíbe o *bis in idem* (CONDE CORREIA, 2007, p. 100).

<sup>689</sup> CONDE CORREIA, 2007, p. 101.

<sup>690</sup> RIBEIRO, 2002, p. 402.

audiência de instrução, pois passa a ser pautado pelo acordo entre os sujeitos processuais<sup>691</sup> - o acordo é obtido com o comparecimento do arguido em juízo.<sup>692</sup>

Referido acordo surge após promoção do Ministério Público, de maneira oficiosa, ou por requerimento do próprio arguido (caso não tenha havido dito requerimento, somente poderá ser proposta a adoção do procedimento após sua oitiva), o que pode se dar nas hipóteses em que a pena máxima abstratamente considerada não supere 5 anos, bem como não seja caso de aplicação concreta de pena ou de medida de segurança privativa de liberdade.<sup>693</sup> Conforme doutrina, a vontade do arguido, aqui, diz com a aplicação de uma sanção que não seja de privação de sua liberdade, já que as sanções aqui determinadas tem o caráter de principal, não de acessórias ou substitutivas<sup>694</sup> - se não fosse principal, não haveria sentido na previsão legal que regulamenta o procedimento.

Quando do requerimento apresentado pelo Ministério Público, além da descrição dos fatos imputados e da prova existente, deverá ser apresentada a motivação pela qual entende não ser caso de aplicação de pena de prisão, sendo que deverá apresentar, concretamente, a pena proposta.

De ser ponderado que o sistema português legalmente estabelecido de consenso baseia sua constitucionalidade na aceitação realizada pelo arguido aos seus termos, o que, além da legitimação da produtividade e da eficiência, também legitima a compreensão de uma maior justiça aplicada ao evento materialmente considerado.<sup>695</sup>

O procedimento sumaríssimo também vem inspirado pela busca do consenso, por razões de economia processual, de forma assemelhada à suspensão provisória do processo, sendo admissível a rejeição do requerimento quando o juiz entender não ser suficiente à

<sup>691</sup> Saliente-se que a concordância do assistente somente é exigida nos casos de crimes particulares (artigo 392, nº 2, do Código de Processo Penal português).

<sup>692</sup> Rodrigues (1996, p. 526-527, 536), que, noutros termos, pondera haver, nesse procedimento (e nos assemelhados adotados em outros países europeus), a diminuição da publicidade que pode estigmatizar o acusado, a celeridade na resposta estatal e o alívio processual em relação a determinadas infrações tidas como integrantes da menor e média criminalidade. Cabe salientar que a autora apresenta restrições ao consenso em processo penal, ao afirmar que a validade da palavra judicial não pode ser resultado de uma atuação irrestrita, nem pode decorrer de um acordo que não assegure os interesses gerais da justiça (RODRIGUES, 1996, p. 534), em que pese elogiar a forma de consenso que se origina nas chamadas “Ordens Penais”, na medida em que ainda é assegurado o direito de audiência (RODRIGUES, 1996, p. 535-536). Noutra obra, a mesma autora aduz que a simplificação é complexa, pelo que a celeridade não poderia afetar a realização da justiça, pelo que compete ao Ministério Público e ao Tribunal aferir a verdade dentro do processo, dado que não se pode afastar os direitos do arguido desde logo (RODRIGUES, 1998, p. 242).

<sup>693</sup> Conforme se depreende das redações dos arts. 392, 395 e 396 do Código de Processo Penal português. Caso não haja concordância, o processo adotará a forma que lhe caiba (artigo 398). Caberá ao Ministério Público indicar a não aplicação de pena privativa de liberdade dentro do prazo limite para o instituto, requerer a aplicação do procedimento sumaríssimo e indicar a medida substitutiva (FIDALGO, 2008, p. 300, 303).

<sup>694</sup> FIDALGO, 2008, p. 306-307.

<sup>695</sup> FERNANDES, 2001, p. 560.



punição do fato, ou quando forem demasiadamente restringidas as garantias do arguido, mas tais somente devem acontecer quando forem vigorosamente desproporcionais ao benefício auferido pelo acusado ou frente ao fato em si.<sup>696</sup> Sucintamente, mesmo nos casos de consenso em procedimento sumaríssimo, o juízo pode recusar homologação do acordo, se a pena for injusta ou desproporcional, com determinação do seguimento do feito.<sup>697</sup>

Por oportuno, diga-se que esse controle judicial mostra-se legítimo e acompanha o pensamento italiano quanto à atuação judicial no consenso. Difere-se do modelo alemão porque o juiz não é protagonista na formação do acordo que é autorizado pelo procedimento em pauta, mas exerce seu controle.

O que deve ser observado é que, ainda que exista um afrouxamento das garantias em favor do arguido, este último tem sempre a possibilidade de não aceitar a proposta e, assim, ver o processo ter seu seguimento, na sua amplitude, da mesma forma como o juiz não está obrigado a aceitá-lo, especialmente quando verificar prejuízo aos interesses do acusado.<sup>698</sup>

O procedimento sumaríssimo constitui uma forma de resolução consensual do conflito penal, com uma decisão de cunho condenatório, pelo que se trata de exercício de jurisdição. Como consequência, a ação penal é efetivamente exercitada, o que impede futuro *bis in idem*, já que há uma declaração em seu conteúdo. Entretanto, é ela baseada na não oposição por parte do arguido, pelo que ela se aproxima do *plea of nolo contendere* americano.<sup>699</sup> Igualmente, não se confunde com os moldes americanos de *plea bargaining* porque não há negociação do objeto do processo, está vinculado a crimes de menor repercussão e não há possibilidade de obtenção de qualquer benefício penal diverso daquele exposto na proposição ministerial.<sup>700,701</sup>

Também no sumaríssimo, ao invés do Tribunal homologar um acordo prévio entre o órgão de acusação e o arguido, o que o aproximaria da *guilty plea*, ter-se-á uma situação na qual o Tribunal apresentará a pena ao arguido e este, somente a partir de então, manifestar-se-á sobre sua aceitação.<sup>702</sup>

Diga-se, como critério diferenciador da *plea bargaining* e da *guilty plea* o fato de que não há conversa prévia entre os sujeitos processuais, na medida em que tudo parte da

<sup>696</sup> MARQUES DA SILVA, 1994b, p. 23-24.

<sup>697</sup> MAIA GONÇALVES, 1998, p. 690.

<sup>698</sup> MAIA GONÇALVES, 1998, p. 690.

<sup>699</sup> DAMIÃO DA CUNHA, 2002, p. 461-463.

<sup>700</sup> RODRIGUES, 1996, p. 541.

<sup>701</sup> Ademais, tais procedimentos não relegam a segundo plano infrações penais que, em geral, não causam maior alarme social, mas que podem, em momento futuro, trazer maior desgaste ao convívio da mesma sociedade, com a manutenção da proteção de valores e bens indispensáveis à manutenção social (RODRIGUES, 1996, p. 543).

<sup>702</sup> COSTA ANDRADE, 1991, p. 358.

percepção apresentada pelo Ministério Público, bem como também depende da avaliação judicial quanto à acusação em si, antes mesmo da remessa da proposição ao arguido.

Na medida em que há manifestação do arguido, há de ser considerada a maior possibilidade de estabilidade na decisão que virá a seguir, bem como mais próximas do consenso, tanto que a eventual ausência do arguido à audiência determina a remessa do feito ao procedimento comum, já que a presença no Tribunal é que assegura a aferição da vontade livre e consciente.<sup>703</sup>

De tudo o que fora exposto até aqui acerca do sistema português, percebe-se a seguinte linha de formatação: somente poderá haver suspensão provisória do processo se não for caso de arquivamento; somente poderá haver continuidade da acusação (e, especialmente, procedimento sumaríssimo) se não for caso de arquivamento e nem de suspensão provisória.<sup>704,705</sup>

#### **4.1.4 A manifestação de vontade no regime da alteração substancial dos factos**

Outra situação em que a vontade do acusado mostra-se relevante no contexto português diz com a chamada alteração substancial dos fatos descritos na acusação ou na pronúncia. Aqui, a concordância é mais restrita, e consiste na possibilidade de o arguido (juntamente com o assistente, diga-se) concordar com a continuação do julgamento pelos novos fatos, ao invés de haver a necessidade de um novo processo para tanto, salvo se referidos novos fatos determinarem a incompetência do juízo.<sup>706</sup>

Assim, o andamento processual nesses casos pode decorrer de acordo entre as partes, de forma a contribuir com a eficácia do sistema, com a ressalva de que somente aqueles que foram acusados ou pronunciados devem manifestar-se, não se admitindo contra aqueles em que haja arquivamento a seu favor ou que não tenham sido pronunciados.<sup>707</sup> O acordo deve dizer respeito a fatos mais gravosos que tenham surgido e que não constem na acusação, bem como de novos limites máximos para a pena aplicável, com a ressalva de que o acordo não implica em qualquer prejuízo ao arguido quanto à sua culpabilidade – alargar-se-á, apenas, o

<sup>703</sup> COSTA ANDRADE, 1991, p. 357.

<sup>704</sup> CONDE CORREIA, 2007, p. 74.

<sup>705</sup> Conde Correia (2007, p. 74) que, aliás, aponta que as figuras de diversão introduzidas enfrentaram problemas de aceitação dentro da prática forense.

<sup>706</sup> Código de Processo Penal português, artigo 359º, nº 1, 2 e 3. Na hipótese de haver a concordância, deverá o juiz conceder novo prazo para a preparação da defesa, presente requerimento desta, com suspensão de eventual audiência designada.

<sup>707</sup> ALBUQUERQUE, 2003, p. 1004.

objeto do processo (na falta de acordo, deve o Ministério Público realizar as investigações que forem adequadas).<sup>708</sup>

#### **4.1.5 A confissão e a tentativa de inclusão de acordos de sentença criminal idealizada pelo Ministério Público português**

No contexto lusitano, cabe referir que a confissão, por expressa disposição legal, é conduzida pelo juiz, que deverá se certificar das circunstâncias volitivas nas quais ela será formulada.<sup>709</sup> Na medida em que ela é realizada, produz consequências de grande relevância, mas a mais importante delas é a consideração de que os fatos imputados são tidos como provados, na medida em que ela representa a renúncia à produção de provas defensivas em favor daquele que confessa.<sup>710</sup>

Para tanto, necessita ela ser integral e sem reservas.<sup>711</sup>

Há de ser focado que o regime da confissão é embasado na maior confiança em seu conteúdo, afastando-se da noção inquisitória que vigia anteriormente em Portugal, na qual a confissão era a tida como a “rainha das provas”, com paradigmas semelhantes aos que ocorrem na *guilty plea* americana. Assim, como confissão integral, entende-se aquela que abrange todos os fatos criminosos, enquanto que será ela sem reservas quando não houver inclusão de quaisquer fatos que possam dar tratamento diverso do pretendido, como a legítima defesa.<sup>712</sup> Sendo ela com reservas, deverá o Tribunal dar o valor que considerar pertinente, até mesmo o de prosseguir com o julgamento, como se ela não existisse.<sup>713</sup> Devem ser apresentadas quando das declarações iniciais em audiência, já que, se prestadas em momento posterior, podem não trazer qualquer interesse processual, até por que pode não trazer qualquer economia.<sup>714</sup>

Como etapa que se segue, passa-se às alegações orais e à determinação de sanção aplicável, se nenhuma outra causa de absolvição surgir naquele processo especificamente.<sup>715</sup>

Considere-se, porém, que dita confissão não dispensa, desde logo, a produção probatória quanto às imputações apresentadas, pois, consoante o artigo 344º, nº 4, do Código

<sup>708</sup> ALBUQUERQUE, 2003, p. 1004.

<sup>709</sup> Código de Processo Penal português, artigo 344º, nº 1.

<sup>710</sup> Código de Processo Penal português, artigo 344º, nº 2, a.

<sup>711</sup> Código de Processo Penal português, artigo 344º, nº 2.

<sup>712</sup> MAIA GONÇALVES, 1998, p. 614.

<sup>713</sup> MAIA GONÇALVES, 1998, p. 614.

<sup>714</sup> MAIA GONÇALVES, 1998, p. 614-615.

<sup>715</sup> Código de Processo Penal português, artigo 344º, nº 2, b.

de Processo Penal português, o Tribunal pode determinar a produção de provas acerca dos fatos confessados, em sua livre convicção, seja a confissão integral e sem reservas ou não.

Ainda, cabe apontar que, quando não houver confissão integral, sem reservas e coerente de todos os arguidos, nos casos de concurso de agentes; quando o Tribunal não se convencer da liberdade da confissão, da imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos fatos confessados; e quando o crime for punido com prisão superior a 5 anos, não serão aplicadas as consequências acima tratadas.<sup>716</sup>

Convém ressaltar que a confissão aqui referida tem alcance superior ao tratamento conferido à confissão no sistema brasileiro, já que, no Brasil, ela necessita ser confrontada com os demais elementos de prova para poder embasar uma condenação, em qualquer circunstância, bem como não causa qualquer supressão de etapas de procedimentos.<sup>717</sup>

Porém, tal deve ocorrer diante de um juiz, em audiência de julgamento e sob o crivo do contraditório, justamente com o firme propósito de verificar a liberdade de sua ocorrência e sua própria credibilidade.<sup>718,719</sup>

Pode-se dizer que a forma como a confissão é tratada em Portugal é um “quase lá” para fins de negociação de sentença criminal – faltou um mínimo detalhe para seu estabelecimento (já que inexistia a previsão legal expressa de negociações quanto aos termos finais da sentença condenatória).

No intuito de suprir tal detalhamento, e inspirado nas ideias apresentadas por Figueiredo Dias (expressadas na obra “Acordos Sobre a Sentença Criminal em Processo Penal”, identificada nas referências da presente pesquisa), cumpre ser ressaltado que houve uma intenção de inclusão do acordo negociado de sentença dentro do sistema jurídico português. Segundo a Orientação nº 1/2012 da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, deveriam os Magistrados do Ministério Público com atuação naquele Distrito atuar para tal fim de forma que:

- a) fosse aferida a receptividade à celebração de acordos sobre a sentença em matéria penal com os magistrados judiciais;

<sup>716</sup> Código de Processo Penal português, artigo 344º, nº 3, a, b e c.

<sup>717</sup> Como comparativo, basta ver o que vem descrito no artigo 158 do Código de Processo Penal brasileiro: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Da mesma forma, o exposto conteúdo do artigo 197 do mesmo Código: “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”

<sup>718</sup> ALBUQUERQUE, 2003, p. 1003.

<sup>719</sup> Albuquerque (2003, p. 1003) entende não ser a confissão a possibilidade de abertura para o *plea bargaining* dentro do ordenamento português, pois não admite acordo entre o arguido e o acusador ou entre aquele e o tribunal, pelo que resta mantido seu direito de não colaboração processual.

- b) na hipótese de obtenção de uma resposta positiva, fossem concebidos previamente os procedimentos indicativos para tal adoção, sem prejuízo das adaptações que os casos concretos exigissem;
- c) concretizado qualquer acordo, deveria ser o mesmo comunicado à Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, com menção sintética dos procedimentos utilizados, de forma a facilitar a partilha de boas práticas e a favorecer a dinamização da utilização do instituto noutras comarcas.

Cumpra aqui aferir que, no histórico da Orientação em pauta, consta que, no caso concreto usado como paradigma, a iniciativa da negociação partiu do julgador e do arguido (situação similar ao modelo alemão), com especial atenção ao fato de que este tinha receio de confessar os fatos em audiência judicial, enquanto aquele se preocupava, também, com a celeridade do feito, que tramitava no Círculo Judicial de Ponta Delgada.

Também houve o Memorando de 19 de janeiro de 2012 junto à Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra que, além dos fundamentos semelhantes àqueles constantes na Orientação, justificou no artigo 344º do Código de Processo Penal, nos artigos 72º (hipóteses de atenuação especial de pena) e 73º (termos da atenuação especial) do Código Penal, ambos portugueses, na suspensão provisória do processo e no procedimento sumaríssimo, que acabariam por legitimar tal nível de acordo, pelo que afirmou haver mais embasamento jurídico do que aquele existente na Alemanha quando a forma costumeira de entendimento acabou por se sedimentar.

Contudo, tal tema aportou ao Supremo Tribunal de Justiça português. Em decisão, entendeu que a aceitação de acordos de sentença como indicados acima, dentro do contexto lusitano, fere o princípio da legalidade, dado que inexistente previsão legal expressa em tal sentido,<sup>720</sup> pelo que objetivou, na decisão, a preservação dos princípios da lealdade e da igualdade, na linha de que a não previsão do acordo em lei causaria a dificuldade decorrente de que os acordos pudessem ocorrer em uma ou outra comarca/distrito judicial.<sup>721</sup> Assim, dado que o Código de Processo Penal português, em seu artigo 126, nº 1, alínea “e”, prescreve que a promessa de vantagem legalmente inadmissível é um método proibido de prova,

<sup>720</sup> Como consta no acórdão: “O direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença.” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 224/06.7GAVZL.C1.S1, p. 2). Por oportuno, Mesquita (2010, p. 23) já apresentava tal percepção, de modo que não poderia haver vinculação do arguido a eventuais termos de acordo sobre a sentença.

<sup>721</sup> Como consta no acórdão: “A possibilidade de existência de um acordo negociado consistirá, assim, um epifenómeno que pode, ou não, acontecer, consoante a comarca, ou o distrito judicial, em que decorre o processo, numa clara violação de princípios que informam o processo penal como o da lealdade ou a própria Constituição, como o da igualdade.” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 224/06.7GAVZL.C1.S1, p. 40).

entendeu o mesmo colegiado que a prova obtida mediante o acordo estabelecido era proibida, ordenando, pois, sua reprodução, com observância do regramento jurídico existente.<sup>722</sup>

Obviamente, respeita-se a decisão prolatada por tal órgão jurisdicional. Preferiu preservar sua independência dentro do primado da lei – escrita, no caso (Constituição da República Portuguesa, artigo 203º), pois somente vê nela a forma de estabelecer os planos das normas, de obtenção e da aplicação de direitos.<sup>723</sup>

A adoção de posicionamento conservador quando se está a tratar de assuntos relacionados à negociação de sentença criminal, contudo, poderia ter sido superada. Isto porque a própria Constituição prevê a possibilidade de aplicação de medidas alternativas de composição de litígios (artigo 202º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa), como forma de efetivação do Estado Democrático de Direito, bem como porque pode agilizar a proteção de direitos.<sup>724</sup>

A possibilidade acima poderia ter sido utilizada como fundamento de justificação do exercício do poder estatal, o que levaria ao seu controle, previsibilidade e confiança, o que também embasaria a aceitação dela por parte dos cidadãos<sup>725</sup> - além da própria forma como está configurada a confissão em solo português.

Ademais, que se diga que a questão da igualdade seria alcançada com o passar do tempo, como sempre ocorre com qualquer novo instituto jurídico – até a estabilização de qualquer instituto, alguns tratamentos diferenciados acontecem, notadamente pela exigência de adequação, interpretação e cabimento de suas hipóteses, o que não seria e nunca será privilégio da negociação de sentença criminal.

Ainda, acompanha-se a opinião de Neves,<sup>726</sup> que estabelece críticas à compreensão do Poder Judiciário português de que haveria impossibilidade legal de aplicação dos acordos de sentença no cenário lusitano. Como o autor elenca, devem ser percebidas as exigências para a defesa dos arguidos e dos princípios básicos que definem o processo penal. Igualmente, o autor refere que as propostas apresentadas e que chegaram ao conhecimento daquele Supremo Tribunal não foram legalmente inadmissíveis (fixação de pena dentro de determinados

<sup>722</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 224/06.7GAVZL.C1.S1, p. 46-47.

<sup>723</sup> Ponderações a partir dos ensinamentos de Canotilho e Moreira (2010, p. 514) sobre o Poder Judiciário em Portugal. Por certo, até pela data da obra mencionada, nada há de explicitado sobre tal situação na referência.

<sup>724</sup> Ponderações a partir dos ensinamentos de Canotilho e Moreira (2010, p. 511) sobre o Poder Judiciário em Portugal. Por certo, até pela data da obra mencionada, nada há de explicitado sobre tal situação na referência.

<sup>725</sup> Ponderações a partir dos ensinamentos de Canotilho e Moreira (2010, p. 526-527) sobre o Poder Judiciário em Portugal. Por certo, até pela data da obra mencionada, nada há de explicitado sobre tal situação na referência.

<sup>726</sup> NEVES, 2013, p. 53-54.

parâmetros), pelo que não poderia a prova ser valorada negativamente, de maneira a ser considerada nula, até porque fora protegida a liberdade do arguido para sua manifestação.<sup>727</sup>

A compreensão de favorecimento do processo impõe que as normas processuais caminhem para uma potencialização da validade, da eficácia e da eficiência não apenas dela, mas do sistema de justiça criminal em si. Sempre deve caminhar com as noções elementares do processo, como a indisponibilidade da ação penal, o princípio da culpa e da fixação da pena, o respeito à verdade material, dentre outras.<sup>728</sup> Não se está a falar em substituição das formas de processo, mas em considerar a alternativa que venha a trazer amplos benefícios na atuação dos sujeitos e no reflexo socialmente exigido.<sup>729</sup>

Não obstante, há de ser considerada a Directiva nº 02/2014, de 21 de fevereiro de 2014, assinada pela então Procuradora-Geral da República, Joana Marques Vidal. Fulcrada na situação antes exposta, a Directiva determina a abstenção quanto à promoção e/ou aceitação de quaisquer propostas de acordo de sentença criminal pelos magistrados do Ministério Público em Portugal.

Referida Directiva surgiu a partir da necessidade de uniformização da atuação do Ministério Público português (na medida em que as Procuradorias-Gerais Distritais do Porto e de Évora não emitiram qualquer orientação sobre o tema), como nela consta.

Por certo, também ela foi pensada com base na decisão prolatada pelo Supremo Tribunal de Justiça, já mencionada nesse trabalho, até pelo risco das consequências processuais de novas declarações de ilicitude de prova. Como consta na fundamentação da Directiva, veio a partir da necessidade de preservação da igualdade e da legalidade, como apontado pelo órgão judicial. Assim, concluiu, que as divergências existentes sugerem a necessidade de aprofundamento da reflexão sobre a mesma, designadamente quanto à posição a assumir pelo Ministério Público no âmbito das suas atribuições no exercício da ação penal.

Assim, continua a inexistir a negociação de sentença criminal em Portugal que seja próxima dos congêneres alemão e italiano, ao menos.

---

<sup>727</sup> Neves (2013, p. 54-55) salienta que o Supremo, em momento algum, fez qualquer menção de que confissão integral e sem reservas fora realizada em dissonância com aquilo que fora apurado e que estava disposto no processo.

<sup>728</sup> NEVES, 2013, p. 56.

<sup>729</sup> NEVES, 2013, p. 60.

#### 4.1.6 A colaboração processual ou o “arrependimento”

O ordenamento português prevê a existência da colaboração processual em hipóteses específicas de macrocriminalidade, essencialmente, e que é por muitos chamada de “arrependimento”.

Como primeiro exemplo, cabe mencionar as disposições atinentes ao Decreto-Lei nº 15, de 22 de janeiro de 1993, relativamente ao combate à droga.

No artigo 31, parte final, do referido diploma, e para as hipóteses ali elencadas, previu o legislador que o agente que auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena.

Pode, da mesma forma, serem trazidas as disposições que constam na Lei nº 36, de 29 de setembro de 1994, que estabelece uma hipótese de atenuação especial quando se tratar de atividade de combate à corrupção e à criminalidade económico financeira. Diz o artigo 8º que, nas hipóteses ali elencadas, a pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Na mesma lei, mas em seu artigo 9º, são estabelecidas hipóteses especiais para a suspensão provisória do processo, na hipótese de crime de corrupção ativa. Além do requerimento do Ministério Público e a concordância do juiz de instrução, são requisitos para a imposição de injunções e regras de conduta a ocorrência cumulativa de concordância do arguido e o fato de ter o mesmo arguido denunciado o crime ou ter contribuído decisivamente para a descoberta da verdade.

Ainda, a Lei nº 52, de 22 de agosto de 2003, relativa ao combate ao terrorismo, prevê que haverá uma especial atenuação de pena se o agente, dentre outras, auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis (artigo 2º, nº 5).<sup>730</sup>

De plano, porém, cumpre salientar que o arguido “colaborador” não se confunde com o arguido “arrependido”, dado que este é o que se arrepende da prática do fato ou desiste de sua continuidade para evitar um dano ou, conforme for, ressarce o dano causado, como nos

---

<sup>730</sup> Disposição assemelhada consta no artigo 4º, nº 6, da mesma Lei, que declara que a pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição, dentre outras, se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.



casos do artigo 71º, nº 2, letra “e”; artigo 72, nº 2, letra “c”, ambos do Código Penal português. Também se difere porque o “colaborador” somente pode surgir nas hipóteses de crimes cometidos por uma coletividade criminosa.<sup>731</sup>

Dentro daquilo que a doutrina em geral explica sobre o tema, seria a diferença entre o chamado arrependimento substancial (*ravvedimento sostanziale*, demonstrado pela prevenção, atenuação, cessação e reintegração da ofensa) e o arrependimento processual (*ravvedimento processuale*, pelo qual se dá a avaliação do crime, individualização e captura do autor).<sup>732</sup>

Mas mesmo que de figuras idênticas não se tratem, é bastante comum a utilização da expressão “arrependimento” para falar-se de colaboração processual em Portugal.<sup>733</sup>

Superada tal questão de ordem, passa-se ao exame do instituto.

A compreensão de colaboração processual<sup>734</sup> carrega consigo uma questão de direito penal premial, em que pese a contradição entre as ameaças e sanções negativas estabelecidas pela etapa material. Aqui, há uma aplicação de pena a menor ao réu que, após cometer uma conduta reprovada, faz uma nova atuação conforme o direito, reforçando-o, o que justifica a diminuição da punição que poderia ser imposta.<sup>735</sup>

O prêmio em questão encontra legitimidade a partir de sua relação racional com um propósito (*razionalità rispetto allo scopo*) reinante dentro do sistema penal, que justifica valorar o comportamento do acusado. Ele não tem um conteúdo moral propriamente dito, mas um conteúdo de política criminal.<sup>736</sup>

A colaboração em pauta exige a confissão de um dos acusados ou, ao menos, elementos probatórios relevantes quanto à sua culpa penal e dos demais integrantes da associação criminosa. Assim, tal levará à possibilidade de atenuação ou, até mesmo, de isenção de pena, mas tudo isto dependerá de serem as informações confirmadas como de relevo para a continuidade das investigações e da instrução probatória.<sup>737</sup>

<sup>731</sup> LEITE, 2010, p. 385.

<sup>732</sup> RIVA, 2002, p. 15.

<sup>733</sup> A Recomendação Rec(2005) 9 do Comitê de Ministros da Europa assim define o colaborador da justiça, em seu nº 1: “[...] collaborator of justice means any person who faces criminal charges, or has been convicted of taking part in a criminal association or other criminal organisation of any kind, or in offences of organised crime, but who agrees to cooperate with criminal justice authorities, particularly by giving testimony about a criminal association or organisation, or about any offence connected with organised crime or other serious crimes.”

<sup>734</sup> Seria a colaboração processual uma “[...] condotta cooperativa con le autorità di polizia o con l’ autorità giudiziaria finalizzata all’ accertamento dei reati e/alla individuazione dei loro autori [...]” (RIVA, 2002, p. 12), pelo que ela pode ocorrer antes ou depois do próprio evento processual, que auxilia na compreensão do crime, na individualização de seus autores ou na captura deles (RIVA, 2002, p. 12).

<sup>735</sup> RIVA, 2002, p. 6-8.

<sup>736</sup> RIVA, 2002, p. 10.

<sup>737</sup> LEITE, 2010, p. 384-385.

É de vulto considerar que a análise da relevância é sempre feita em momento posterior à própria declaração, na medida em que compete ao tribunal a possibilidade de reconhecer a culpa, a pena a ser imposta e, principalmente, se as informações prestadas foram relevantes como exigido por lei (indícios suficientes de que se tratam de outros envolvidos no crime, ou captura de um ou mais deles, p. ex., sempre com a ressalva de que devem ser cotejadas com outros elementos de prova).<sup>738</sup>

Esta última exigência é que faz com que não haja um enquadramento específico do instituto como uma *plea bargaining*, pois sempre haverá a exigência de uma condicionante, superior mesmo à discussão acerca da verdade processualmente aceita: competirá ao juiz avaliar se aquela colaboração se mostrou relevante para a elucidação do crime – do contrário, será mera confissão.

Ainda dentro desse contexto é que se compreende que promessas feitas pela polícia ou pelo Ministério Público, ainda na fase investigativa, venham, *a posteriori*, ser consideradas inadmissíveis, por conteúdo enganoso, inclusive de forma a ser taxada de nula a confissão, bem como maculadas, por efeitos à distância, as demais provas que dela se seguiram e dependeram – o que ressalva a necessidade de serem aferidas pelo juiz na fase do julgamento.<sup>739</sup>

Até por isso (e tal como acontece com as manifestações de consenso em geral), deve o juiz responsável pelo julgamento realizar interrogatório do colaborador justamente para aferir a liberdade da vontade externada, se ela é consciente, se não foram feitas promessas enganosas ou inadmissíveis, para evitar máculas à colaboração,<sup>740</sup> tal como já prometer a definição da responsabilidade ou montante de pena anterior à própria realização – devem ser explicadas as situações que envolvem o instituto, não serem prometidas formas de condenação.<sup>741</sup>

Em geral, vincula-se a imagem do arguido “arrependido” àquele que se identifica como um “traidor”, na medida em que se dispõe à incriminação própria e à de seu(s) colega(s) para fins de obtenção de alguma vantagem penal ou processual, se não ambas. Tal se dá porque, como regra, existe um vínculo anterior de proximidade entre aqueles que compõem a empreitada criminosa coletiva.<sup>742,743</sup>

<sup>738</sup> LEITE, 2010, p. 399-400.

<sup>739</sup> LEITE, 2010, p. 394-395.

<sup>740</sup> Nos termos do artigo 126º, nº 2, letra “e”, do Código de Processo Penal português.

<sup>741</sup> LEITE, 2010, p. 393-394.

<sup>742</sup> LEITE, 2010, p. 381-382.

<sup>743</sup> De ser apontado que a imagem do delator está carregada de nota pejorativa desde os tempos de Judas Iscariotes (LEITE, 2010, p. 382).

Entretanto, há de ser observado que, mesmo sendo vedado ao Estado determinar o império da colaboração processual e, por conseguinte, da própria delação, o fato de ter um determinado arguido se arrependido (ou mesmo não), com o propósito de ter a si alguma espécie de vantagem, não pode ser interpretado como algo violador ou perturbador do processo e da investigação.<sup>744</sup> Afinal, deve haver tolerância em relação àquele que se mostra arrependido quanto ao seu erro, a demonstrar conformação com os valores exigidos pela legislação e pela sociedade, em verdadeiro “voto de confiança” que legitima um dos fins buscados pela legislação penal.<sup>745</sup> Compreende, pois, uma atitude de respeito à dignidade das pessoas, à justiça e ao exercício de defesa.<sup>746,747</sup>

Cumpra sempre deixar presente que o sistema penal visa à repressão do crime, seja na compreensão material, seja na compreensão processual, sendo que o legislador pode escolher o instrumento que considerar adequado.<sup>748</sup> O prêmio inscreve-se em um caráter subsidiário dentro do sistema penal, o que, aliás, é a própria fundamentação da ciência penal.<sup>749</sup>

Há de ser sempre afirmado que, entre os interesses legais de importância constitucional, a recompensa também deve ser levada em conta pela prevenção e repressão do crime, no caso, facilitada pela cooperação.<sup>750</sup> Assim, a funcionalidade do sistema encontra-se na compreensão do fato e da responsabilidade daquele que o cometeu a um processo justo, dentro da idoneidade exigida, com garantias ao acusado. Isto, obviamente, deverá ter em conta o que a colaboração trouxe para a eficiência da investigação, para a avaliação do crime e o esclarecimento da autoria.<sup>751,752</sup> A partir de tal eficiência, será estabelecida a proporcionalidade na resposta final a ser estabelecida pelo juiz.<sup>753</sup>

Importante trazer que a aceitação ou recusa do prêmio não pode estar subordinada a um só princípio de processo penal, pois deve ter em consideração a pluralidade de interesses e princípios que estão apresentados na discussão, a finalidade do sistema penal, mas sempre

---

<sup>744</sup> LEITE, 2010, p. 383.

<sup>745</sup> Como se pode extrair de exposição constante em Marques da Silva (1994a, p. 32).

<sup>746</sup> Também como se pode extrair de exposição constante em Marques da Silva (1994a, p. 30).

<sup>747</sup> Importante fazer referida consideração porque, não raro, são apresentadas críticas de que haveria uma quebra de valores essenciais na concessão de qualquer prêmio em vista da delação feita por algum criminoso contra os seus (MARQUES DA SILVA, 1994a, p. 32), já que o princípio democrático impede que um sujeito infame-se ou infame os seus para obtenção de alguma recompensa (MARQUES DA SILVA, 1994a, p. 34).

<sup>748</sup> RIVA, 2002, p. 416.

<sup>749</sup> RIVA, 2002, p. 418.

<sup>750</sup> RIVA, 2002, p. 446.

<sup>751</sup> RIVA, 2002, p. 448.

<sup>752</sup> Sempre com respeito aos padrões mínimos exigidos pelo direito de defesa (RIVA, 2002, p. 448).

<sup>753</sup> RIVA, 2002, p. 449.

com a compreensão de que a mesma proporcionalidade pode ser afastada se ela mesma for prejudicial aos interesses do réu.<sup>754</sup>

Não é insensato dizer que há uma credibilidade diminuída no depoimento prestado em colaboração, sendo insuficiente para justificar um juízo condenatório de forma isolada,<sup>755</sup> na medida em que deve ser analisada com mais cautelas.<sup>756</sup>

Para tanto, deve ser observado que o arguido não presta juramento, não tem a obrigação de falar a verdade,<sup>757</sup> tem o direito ao silêncio,<sup>758</sup> não tem o dever de colaboração, e ainda há a necessidade de que todos os coarguidos confessem quando em concurso de agentes.<sup>759,760</sup> A isto, soma-se o fato de que a confissão, nos termos do artigo 344º do Código de Processo Penal português, necessita ser prestada em juízo, livre, integral e sem reservas (sem nenhuma hipótese de exclusão de responsabilidade relatada).<sup>761,762</sup>

Pondere-se que o arguido não presta juramento e pode recusar-se a depor acerca de determinadas perguntas (artigo 140º, nº 3; e artigo 345º, nº 1, ambos do Código de Processo Penal português), pelo que, na hipótese de recusa a alguma das perguntas, a colaboração não pode ser usada em prejuízo do coarguido (artigo 345º, nº 4, do Código de Processo Penal português), mas ainda pode ser usadas contra si.<sup>763</sup>

No que tange às demais restrições impostas ao interrogatório dos arguidos, especialmente o fato de que não podem os demais sujeitos processuais realizarem perguntas no sistema da *cross examination* (artigo 345º, nº 2, do Código de Processo Penal português – os demais sujeitos processuais devem solicitar as perguntas ao juízo, sem um dever específico de serem realizadas as questões pelo juiz), o valor probatório da colaboração deve ser feito de forma a contemplar o conteúdo integral da prova, até pela linha exposta no artigo 344º do

---

<sup>754</sup> RIVA, 2002, p. 452-453.

<sup>755</sup> BELEZA, 1998, p. 47.

<sup>756</sup> BELEZA, 1998, p. 49.

<sup>757</sup> BELEZA, 1998, p. 49.

<sup>758</sup> BELEZA, 1998, p. 50.

<sup>759</sup> BELEZA, 1998, p. 51.

<sup>760</sup> Isto porque deve haver a demonstração efetiva de arrependimento para o grupo, com necessidade de redenção para todos, atrelada à mesma vontade que deu origem ao crime praticado, sem contar que serve de fiel para evitar a utilização de mentira por um dos envolvidos para se beneficiar em detrimento dos demais (BELEZA, 1998, p. 55). Ademais, o fato de que os arguidos podem permanecer em silêncio pode prejudicar a possibilidade de contraditório frente ao coarguido que confessa (BELEZA, 1998, p. 57), sem contar que não há previsão expressa de *cross examination* entre os coarguidos (BELEZA, 1998, p. 58).

<sup>761</sup> BELEZA, 1998, p. 52-53.

<sup>762</sup> Evidentemente que a confissão necessita ser confortada com outros elementos de prova, dado que o juiz não está obrigado a considerá-la como elemento definitivo de prova para condenação também nos termos do mesmo artigo (BELEZA, 1998, p. 54).

<sup>763</sup> LEITE, 2010, p. 402.

Código de Processo Penal português, o que empresta um valor diminuto às suas declarações, por não ser isento ao resultado do processo.<sup>764</sup>

O mesmo vale dizer sobre sua colaboração realizada na fase investigatória que, por certo, ficará condicionada aos termos daquilo que será apresentado por ele na fase de julgamento, dada a necessidade de respeito ao princípio da imediação das provas, nos termos do artigo 355º do Código de Processo Penal português, também vinculado que é ao princípio da livre valoração das provas, nos termos do artigo 127º do Código de Processo Penal português.<sup>765</sup>

Ainda que não haja como considerar como prova suficiente e isolada para um juízo condenatório, cumpre considerar que não há qualquer vedação para utilização do depoimento do coarguido dentro do processo penal português a ponto de considerá-la como prova nula. Não se trata de prova proibida, nem de meio de prova que não possa ser utilizado pelo juízo.<sup>766</sup>

#### 4.2 O consenso no Brasil

Como não poderia deixar de ser, pela forte influência do sistema continental europeu, o Brasil adota o princípio clássico da legalidade/obrigatoriedade da ação penal.<sup>767</sup> Na essência, o controle da acusação (rejeição ou não recebimento da denúncia e/ou queixa, peças que iniciam a ação penal) é feito nos termos do artigo 395 do Código de Processo Penal: se as peças mencionadas forem manifestamente ineptas (inciso I);<sup>768</sup> se faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (inciso II); ou se faltar justa causa para o exercício da ação penal (inciso III).<sup>769</sup>

---

<sup>764</sup> LEITE, 2010, p. 404-406.

<sup>765</sup> LEITE, 2010, p. 391-392.

<sup>766</sup> BELEZA, 1998, p. 46.

<sup>767</sup> Consoante os termos vigentes do artigo 42 e do artigo 576, ambos do Código de Processo Penal brasileiro, não pode o Ministério Público desistir da ação penal, nem do recurso interposto. Além disto, cita-se a situação do artigo 357, § 1º, do Código Eleitoral, que prevê a prática de crime pelo agente do Ministério Público que não oferece a denúncia (peça inicial da ação penal no Brasil) no prazo legal, para os crimes ali regulados. E, por último, o artigo 28 do Código de Processo Penal, que estabelece a possibilidade de o juiz, ao não concordar com a promoção de arquivamento, encaminhá-la para exame do Procurador-Geral do respectivo Ministério Público que pode concordar com o arquivamento, promover ele próprio a ação penal ou designar outro agente ministerial para que ela seja proposta.

<sup>768</sup> Quando, por exemplo, não houver a descrição de fato delituoso com todas as suas circunstâncias, faltar a qualificação mínima do acusado ou elementos para sua identificação, ou não constar a assinatura na peça (AVENA, 2012, p. 172, 175).

<sup>769</sup> Em linhas genéricas, a existência de elementos probatórios que deem substrato mínimo para a denúncia ou a queixa formulada, na medida em que estas afetam o *status dignitatis* do imputado (AVENA, 2012, p. 177).

Na atualidade, porém, em consonância com a tendência que tem se apresentado em diversos países que influenciam nosso ordenamento jurídico (alguns deles, já citados no presente trabalho), o Brasil passou a adotar alternativas ao princípio da obrigatoriedade, dentre outras, com a modificação de ritos, de forma a alcançar sua resolução antes mesmo da propositura da ação penal ou, uma vez proposta, de obter sua suspensão e seu encerramento antecipado.<sup>770</sup>

Esse movimento de mitigação da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal<sup>771</sup> surgiu a partir da vigência da Lei Federal nº 9.099/95, que dispõe sobre o chamado juizado especial criminal, verdadeiro paradigma dentro do processo penal brasileiro, dado que, enfim, previu a consenso (que envolve aquele contra quem a persecução penal se iniciou e o titular da ação penal e/ou com a vítima do fato).<sup>772</sup>

Há de ser considerado que, no âmbito brasileiro, os objetivos dessa nova visão sobre a política criminal foram a manutenção da solução processual com viés econômico de parte da criminalidade de menor impacto, para uma melhor atuação estatal no combate à macrocriminalidade; a desburocratização, a aceleração e a simplificação da atuação da justiça criminal; a modificação da prática convencional de imposição de pena e privilégio do acordo entre os envolvidos no delito, como uma forma de intervenção mínima e utilitarista do processo penal.<sup>773</sup>

Passa-se ao exame das possibilidades de consenso dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4.2.1 A conciliação civil**

Ao se falar em conciliação civil, importante apontar que todos os crimes admitem sua realização. Entretanto, a consequência será variável.

Em relação aos crimes de ação penal pública incondicionada, a conciliação civil não causa a extinção da punibilidade, na medida em que a persecução penal independe da vontade da vítima nestes casos, mas pode interferir na quantidade de pena a ser imposta.

---

<sup>770</sup> FERNANDES, 2012, p. 207.

<sup>771</sup> TORRÃO, 2000, p.179-180.

<sup>772</sup> Ribeiro (2002, p. 397-398), que apresenta que o objetivo da referida discricionariedade regrada (outra forma de definir esse movimento de mitigação da obrigatoriedade no Brasil) surgiu como forma de evitar-se uma seleção informal de fatos a serem levados ao conhecimento do juízo. De ser ressaltado que a lei em comento estimula a reparação dos danos sofridos pela vítima e a não aplicação de pena privativa de liberdade.

<sup>773</sup> Na linha do que dizem Dornelles e Gerber (2006, p. 37-38).

Para as hipóteses de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada,<sup>774</sup> uma vez existente a conciliação, devidamente homologada pelo juízo, terá ela eficácia de título executivo judicial de natureza cível, o que afastará a possibilidade de medidas de cunho penal quando descumprido o acordo.

Quando ocorrente a situação prevista no parágrafo acima, tornar-se-á a primeira possibilidade brasileira de consenso como forma de resolução da persecução penal na sistemática vigente.<sup>775</sup>

Referido acordo pode levar à resolução do conflito penal exposto em ações penais privadas em diversos estágios, não apenas em audiência preliminar (conforme as previsões que constam nos artigos 72, 73 e 74 da Lei nº 9099/95). Isto porque o Código de Processo Penal prevê as hipóteses de perdão, de renúncia e de perempção<sup>776</sup> nas referidas ações, conforme seus artigos 49 a 60.

Já nos casos de ação penal condicionada,<sup>777</sup> somente será admitida a retratação da representação se ela for anterior ao oferecimento da acusação, nos termos do artigo 25 do Código de Processo Penal.

Os casos de conciliação caracterizam verdadeira hipótese de disponibilidade, já que a ação penal privada e a representação exigida para o oferecimento da ação penal pública (nas hipóteses previstas em lei) ficam ao inteiro alvedrio da vítima e demais legitimados para seu oferecimento.<sup>778</sup> Na medida em que há a conciliação nestas hipóteses, por vontade de quem legitimado, nada mais pode ser realizado no que tange ao seguimento das ações penais em pauta, como visto.

---

<sup>774</sup> Consoante o artigo 24 do Código de Processo Penal brasileiro: “[...] nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

<sup>775</sup> Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, artigos 71 a 74.

<sup>776</sup> Nos termos do artigo 60 do Código de Processo Penal, a perempção pode decorrer quando o querelante deixar de promover o andamento processual durante 30 dias seguidos; quando não for indicado substituto processual do querelante que faleceu ou que teve sua incapacidade reconhecida, dentro do prazo de 60 dias; quando o querelante deixar de comparecer aos atos processuais de forma injustificada; quando o querelante deixar de formular pedido de condenação nas alegações finais; e quando não houver sucessor do querelante pessoa jurídica.

<sup>777</sup> Com Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, artigo 88, os delitos de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa (previstos no Código Penal, artigo 129, *caput*; e artigo 129, § 3º, respectivamente) passaram a exigir a representação para o exercício da ação penal deles decorrentes.

<sup>778</sup> Para fins de exemplificação, diz o artigo 30 do Código de Processo Penal brasileiro que: “[...] ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada”; o artigo 31 do mesmo Código prevê que no caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão; a seu turno, o artigo 39 estabelece que o direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

Cumpra ser destacado que, nas hipóteses de crimes contra a honra de competência de juízo singular, caso não tenha havido a conciliação exposta nos parágrafos anteriores e seja manejada a queixa pela vítima, antes de o juiz a receber, deverá novamente oportunizar a reconciliação entre as partes que, se for obtida, implicará na desistência da queixa já oferecida e o consequente arquivamento dela.<sup>779</sup> A ausência de realização de referida audiência caracteriza nulidade absoluta, por descumprimento de formalidade essencial, nos termos do artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal.<sup>780</sup>

É o que de mais próximo se tem da mediação penal em âmbito brasileiro. Entretanto, dela difere-se. Na mediação, o mediador propõe maneiras de solução do litígio (caminho propositivo), enquanto que, na conciliação, o conciliador encaminhará as conversações para que o titular desista da pretensão, para que a parte adversa acate a pretensão, ou para que ambas aconteçam, em verdadeiro caminho dispositivo.<sup>781,782</sup>

Porém, as ideias de base da mediação penal são aqui aproveitadas (informalidade, aproximação entre vítima e ofensor, dentre outras), pelo que se reporta ao tópico específico ao tema nesse trabalho.

#### **4.2.2 Da transação penal, da suspensão condicional do processo e de seus caracteres**

As próximas hipóteses de consenso em processo penal brasileiro são as que estão definidas como transação penal e como suspensão condicional do processo.

Em suma, a transação penal é uma negociação entre o Ministério Público e o autor do fato para que não haja a necessidade de oferecimento da acusação. E somente será cabível quando não houver conciliação prévia (nas hipóteses permitidas como forma de encerramento da persecução penal e vistas no tópico anterior) ou não for caso de arquivamento, na linha do que estabelece a Lei Federal nº 9.099/95, artigo 76.

A transação penal surgiu por imposição constitucional<sup>783</sup> e permite a aplicação de pena não privativa de liberdade<sup>784</sup> para todas as contravenções penais<sup>785</sup> e para os crimes<sup>786</sup> que

<sup>779</sup> Conforme os termos dos artigos 519 a 522 do Código de Processo Penal brasileiro.

<sup>780</sup> Ainda que se reconheça a existência de corrente no sentido de que seria nulidade de cunho relativo (AVENA, 2012, p. 563-564).

<sup>781</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2000, p. 75.

<sup>782</sup> Importante notar que, pelas lições de Pinto (2005, p. 103), a mediação ocorre na presença de um terceiro, que se afasta do aparato judicial.

<sup>783</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 98, inciso I, que encontrou regulamentação nos artigos 72 e 76 da Lei Federal nº 9.099/95. De ser salientado que tal instituto é vedado na Justiça Militar brasileira, por força do artigo 90-A da referida Lei Federal, incluído a partir da Lei Federal nº 9.839/99.

<sup>784</sup> Ainda que a Lei estabeleça a aplicação de uma “pena”, consolidou-se que de pena não se trata, pelo que o descumprimento do que fora imposto na transação penal leva ao oferecimento da ação penal cabível. Outro não é



tenham, como pena máxima, a de multa e/ou de até 02 (dois) anos de prisão (infrações de menor potencial ofensivo),<sup>787</sup> com entabulação do consenso antes do oferecimento da própria ação penal. Uma vez aceita, não haverá o reconhecimento de culpa, com a consequência imediata de que não poderá mais ser beneficiado pelo mesmo instituto por um período de 05 (cinco) anos, com sigilo de tal registro.<sup>788</sup> Devidamente cumprida a transação penal, ocorrerá a extinção da punibilidade do autor do fato e impedido estará o oferecimento da ação penal.

Frise-se: a transação tem lugar antes do oferecimento da acusação, mas ainda se está diante de hipótese de obrigatoriedade regulada/mitigada. Isto porque, cumpridos os requisitos objetivos quanto à pena abstratamente prevista, somente não será admitida a proposta de transação penal se o autor do fato já tiver sido condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; se o autor do fato foi beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa em transação penal anterior; e se os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor do fato, bem como os motivos e as circunstâncias, indicarem que a medida não será necessária e suficiente (hipóteses elencadas no artigo 76 da Lei nº 9099/95).

Do que se extrai que o Ministério Público está vinculado aos requisitos antes mencionados, apesar de a lei definir o instituto como uma forma de “transação”.<sup>789</sup> Caso preenchidos os pressupostos indicados, deve ofertá-la; se ausente qualquer dos requisitos, ou não aceita a proposta pelo autor do fato, deve propor a devida ação penal, em vista da obrigatoriedade vigente.

Caracteriza-se ela, portanto, por ser um *poder-dever*<sup>790</sup> do Ministério Público. Se o juiz não concordar com a não propositura pelo agente ministerial, deve encaminhar ao Procurador-Geral do respectivo Ministério Público, de forma assemelhada ao artigo 28 do

---

o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 79.572-GO, documento não paginado; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 88.785-SP, documento não paginado).

<sup>785</sup> Como assevera Fernandes (2012, p. 211), todas as contravenções penais, por sua natureza, já são infrações penais menores, pelo que a simples existência de um crime definido como de menor potencial ofensivo já obriga considerar as contravenções com a mesma caracterização.

<sup>786</sup> De ser observado que se tem admitido a transação penal também nos crimes de ação penal privada, já que há admissão de que a vítima possa buscar outras formas de reparação, não apenas a financeira; ademais, o acordo entabulado não implica em renúncia da ação penal, mas uma forma de ser atingido o interesse buscado pelo ofendido (FERNANDES, 2012, p. 217).

<sup>787</sup> Inicialmente, o limite máximo para os crimes era de um ano; porém, com o advento da Lei Federal nº 10.259/2001, o limite máximo passou para dois anos, como citado supra.

<sup>788</sup> Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, artigo 76, § 6º.

<sup>789</sup> RIBEIRO, 2002, p. 398.

<sup>790</sup> FERNANDES, 2012, p. 214.

Código de Processo Penal.<sup>791</sup> Tudo em respeito ao que determina o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.<sup>792</sup>

Observe-se que a transação penal não se confunde com a *plea bargaining* ou com a *guilty plea* americanas, já que ela não é celebrada para fins de obtenção da confissão do acusado para alguma diminuição da imputação ou da pena, bem como porque não há qualquer reconhecimento de culpa em tal hipótese<sup>793</sup> (assim, não representa condenação e não produz reincidência). Aproxima-se, portanto, do *nolo contendere* americano. Mas, essencialmente, é um caso de diversão com intervenção.

No que diz com a suspensão condicional do processo,<sup>794</sup> ela se caracteriza como uma forma de transação, mas com a diferença de que ela é negociada após o oferecimento da ação penal, nas hipóteses em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a 01 (um) ano de prisão.<sup>795</sup> Trata-se de uma verdadeira exceção à indisponibilidade no seguimento da ação penal.<sup>796,797</sup> O período da suspensão variará entre dois e quatro anos. Entretanto, a proposta não está vinculada a qualquer juízo que se afaste dos termos legais; ademais, neste caso, a

<sup>791</sup> Fernandes (2012, p. 215), ao indicar que esta é a posição dominante no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Também é o posicionamento de Dornelles e Gerber (2006, p. 77), que referem, inclusive, a Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que assim estabelece, na medida em que o juiz não pode agir de ofício no processo penal. Conforme o conteúdo da Súmula indicada, “[...] reunidos os pressupostos permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP”.

<sup>792</sup> Por oportuno, dispõe o artigo 28 do Código de Processo Penal brasileiro: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

<sup>793</sup> FERNANDES, 2012, p. 214.

<sup>794</sup> Regulamentada no artigo 89 e seus parágrafos da Lei Federal nº 9.099/95.

<sup>795</sup> Conforme o conteúdo da Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro: “[...] o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”. Na mesma linha de entendimento, a Súmula 723 do Supremo Tribunal Federal do Brasil: “[...] não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”. Para melhor compreensão, o Código Penal brasileiro diz, em seu artigo 70, que haverá concurso formal quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, praticar dois ou mais crimes, idênticos ou não, pelo que será aplicada a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. Já no artigo 71, o mesmo Código estabelece que haverá crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, praticar dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, com a aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

<sup>796</sup> DORNELLES; GERBER, 2006, p. 30.

<sup>797</sup> Na mesma linha, Fernandes (2012, p. 215).

ação penal já foi proposta, na medida em que a proposta de suspensão acompanha a inicial acusatória, pelo que, como já dito, há uma mitigação da indisponibilidade da ação penal.<sup>798</sup>

Pelo rito, ao oferecer a denúncia, o Ministério Público poderá propor a suspensão condicional do processo, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Uma vez aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este receberá a denúncia e poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- b) proibição de frequentar determinados lugares;
- c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização judicial;
- e
- d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Saliente-se que o Juiz poderá especificar outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

A suspensão condicional do processo será revogada se ocorrer alguma das situações que seguem: se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime; não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano; se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção ou descumprir qualquer outra condição imposta – nas duas últimas situações, caso não concomitantes com a primeira, a lei possibilita que o juiz possa manter o benefício, conforme as especificidades de suas ocorrências.

Caso expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade, sendo que a prescrição não correrá durante o prazo de suspensão do processo.

Não havendo aceitação da proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos (por isto, também, está-se diante da obrigatoriedade, mas com afetação da indisponibilidade da ação penal), com a disposição de que tal benefício não é cabível no âmbito da Justiça Militar, por expressa disposição legal – referida quando explicada a transação penal.

Há discussões acerca da natureza jurídica da suspensão condicional do processo, conforme aponta a doutrina.

---

<sup>798</sup> FERNANDES, 2012, p. 215.

A primeira corrente vai no sentido de que se trata de um ato discricionário do Ministério Público, de forma absoluta, como forma de execução de política criminal, sendo que o juiz teria mera função de homologação.<sup>799</sup> Tal corrente não prospera porque o definidor da política criminal é o Poder Executivo, bem como porque o Ministério Público não detém soberania na sua atividade. A isto, adira-se a ideia de que há regras que delimitam a atuação em tal instituto.<sup>800</sup>

O segundo entendimento caminha no sentido de que seria um ato consensual bilateral, pelo qual haveria a disponibilidade da ação penal pelo Ministério Público e a concordância do acusado na submissão às condições e ao período de prova.<sup>801</sup> Novamente, deve ser refutada tal tese, na medida em que o que se espera é a proposta do Ministério Público, enquanto que é o consenso do acusado que se mostra necessário, bem como pelo fato de que o acordo aqui havido possui natureza processual, sem discussão do aspecto penal, já que o crime está definido em sede de acusação, sem qualquer manifestação do acusado quanto a isto.<sup>802</sup>

Um terceiro grupo, com o qual se comunga, percebe que a suspensão condicional do processo vai além do acusado, mas também compreende interesses da vítima e da sociedade, como a indenização e a agilidade processual, pelo que há um direito público subjetivo do réu, conforme os critérios legais, não os que cercam a instituição do Ministério Público (atividade de natureza vinculada, não discricionária).<sup>803</sup> Uma vez preenchidos os pressupostos legalmente exigidos, o Ministério Público tem o dever de fazer a proposta (o que afasta a primeira corrente), pelo que se está diante de um poder-dever.<sup>804</sup> Para os que se filiam ao presente entendimento, a regra passa a ser a suspensão condicional do processo para os delitos que a possibilitam, tidos como de média criminalidade, sendo o procedimento integral a exceção.<sup>805</sup>

Aqui, o acusado, apesar de já ter sido comunicado da propositura da ação penal, recebe uma proposta que deve ser apresentada pelo Ministério Público,<sup>806</sup> caso presentes os

---

<sup>799</sup> GOMES, 1996, p. 237.

<sup>800</sup> GOMES, 1996, p. 238-239.

<sup>801</sup> GOMES, 1996, p. 243.

<sup>802</sup> GOMES, 1996, p. 244.

<sup>803</sup> GOMES, 1996, p. 249-250.

<sup>804</sup> Novamente, Gomes (1996, p. 251), que também entende ser caso de discricionariedade regradada, inclusive no que diz com a necessidade de sua motivação para restringir o direito fundamental no caso em tela (GOMES, 1996, p. 252) e que também cita o artigo 7º, nº 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê o respeito aos termos do ordenamento jurídico para que alguém seja privado de sua liberdade (GOMES, 1996, p. 253).

<sup>805</sup> É o posicionamento, dentre outros, de Gomes (1996, p. 254).

<sup>806</sup> Apesar de algumas discussões prevaleceu o entendimento de que se trata de um poder-dever do Ministério Público, pelo que não pode ser proposta sem a concordância do agente ministerial. É o que afirma Fernandes

requisitos legalmente exigidos. Para fins de aceitação, deve estar acompanhado de defensor/advogado; uma vez aceita, há homologação judicial do acordo e o acusado submete-se a um período de prova, sem que haja qualquer hipótese de sentença condenatória, pelo que não perderá a condição técnica de primário.

Da mesma forma que a transação penal, não há similitude com o *plea bargaining* e com a *guilty plea* (além de não se tratar de condenação, a definição jurídica do fato já foi apresentada ao acusado antes de sua aceitação, e não há possibilidade de que haja qualquer modificação dela depois de oferecida).<sup>807</sup>

Assim, é possível afirmar que os dois institutos (transação penal e suspensão condicional do processo) estão mais próximos do *nolo contendere* americano, na medida em que suas aceitações e cumprimentos causam reflexo no seguimento da ação penal, não na pena e na culpabilidade do autor do fato/acusado, bem como por que somente podem ser apresentados em hipóteses específicas para suas aplicações e forma.<sup>808</sup>

Também se caracteriza por ser uma hipótese de diversão com intervenção.

Ambos dependem da aceitação por parte do acusado e de seu defensor, que acabam por colaborar com a agilização, economia e celeridade processuais, com a vantagem de não serem estigmatizados e serem beneficiados com uma medida mais abrandada.<sup>809,810</sup>

Como já referido, observe-se que os institutos em pauta não afetam a questão da culpabilidade e da presunção de inocência. Há uma concessão recíproca: o Ministério Público deixa de exercer seu direito de promover a ação penal, enquanto que o acusado desiste de seu interesse em buscar sua absolvição, sem que isto represente qualquer condenação ao final.<sup>811</sup>

A propósito, de ser dito que todos os institutos em pauta somente podem ser manejados se, após as investigações prévias necessárias, houver justa causa para movimentar-se a ação penal<sup>812</sup> – não se admitem as formas de consenso se a figura for atípica, ou não houver elementos de autoria, p. ex., após as investigações.

De considerar algumas situações peculiares:

---

(2012, p. 219), ao indicar que está é a posição dominante no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

<sup>807</sup> FERNANDES, 2012, p. 219-220.

<sup>808</sup> TORRÃO, 2000, p. 182.

<sup>809</sup> TORRÃO, 2000, p. 182-183.

<sup>810</sup> Os institutos em comento equilibram a noção de culpabilidade leve com o interesse público diminuído na aplicação da sanção penal, com a ideia de que as imposições diversas da pena (que devem ser adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado) atingem a prevenção especial (FERNANDES, 2001, p. 787).

<sup>811</sup> DORNELLES; GERBER, 2006, p. 39.

<sup>812</sup> DORNELLES; GERBER, 2006, p. 153-154.

- a) os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo são inaplicáveis nas hipóteses que envolvam violência doméstica, por expressa previsão legal;<sup>813</sup>
- b) nos casos de crimes ambientais, remete-se o leitor ao ponto específico no presente trabalho acerca da tema;
- c) nos crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro e que admitem o benefício, pode haver a inclusão da proposta de suspensão ou proibição de obtenção da permissão da habilitação para dirigir veículo automotor.<sup>814</sup> E, especificamente para a hipótese de lesão corporal culposa em delito de trânsito, os institutos da representação, da conciliação e da transação penal são vedados quando a direção fora exercida sob influência de álcool ou de qualquer outra substância que gere dependência; caso tenha havido participação, em via pública, de disputa ou competição esportiva, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor sem autorização da autoridade competente; e se foi excedida a velocidade em 50km/h além do limite permitido para a via pública.<sup>815</sup>

Ressalte-se, por derradeiro, que o juiz não adota uma posição passiva, dado que ainda lhe é inerente o poder de controle sobre o acordo, ainda que venha a utilizar um poder de instrução processual para evitar que haja prejuízo ao interesse do acusado.<sup>816</sup>

O sistema brasileiro respeita a cumulação de três noções, da mesma forma que o sistema português: a subjetiva (relacionada a uma menor culpa), a objetiva (que vem a guardar relação com a gravidade da conduta) e a político-criminal (ditada pela desnecessidade de aplicação de pena na relação entre a prevenção geral e a especial).<sup>817</sup>

---

<sup>813</sup> Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, artigo 17. Deve ser observado que o Supremo Tribunal Federal brasileiro considerou, por maioria e nos termos do voto do Relator, a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, 2012, documento não paginado). E, noutra ocasião, o mesmo Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, 2012, documento não paginado) – tais decisões confirmaram o que fora exposto. A não aplicação de medidas de consenso em casos de violência doméstica vem fundamentada na compreensão de que a capacidade de vítima e de agressor de estarem em momento de conciliação/mediação de forma livre, com capacidade de concordância e de discordância, para proteção de seus interesses não ocasionaria benefícios às vítimas (haveria uma vitimização secundária, além de que a intimação a impediria de expor sua condição) (SANTOS, 2010, p. 69).

<sup>814</sup> Conforme o Código de Trânsito Brasileiro, artigo 297.

<sup>815</sup> Conforme o Código de Trânsito Brasileiro, artigo 291, § 1º.

<sup>816</sup> FERNANDES, 2001, p. 676.

<sup>817</sup> Conforme cumulação indicada por Costa Andrade (1991, p. 342), a partir do exame que faz de ordenamentos europeus.

### 4.2.3 Da colaboração processual e suas possibilidades

Há uma última possibilidade de acordo que vem estabelecida em diversos diplomas legais brasileiros e que pode ser genericamente estampada como colaboração processual.

Essado<sup>818</sup> apresenta que a colaboração processual pode ser caracterizada como uma conduta de cooperação por parte daquele que é investigado ou processado criminalmente, de forma a auxiliar na obtenção de provas para a persecução penal. Tal cooperação pode ser feita com a autoridade policial, com o Ministério Público ou com a autoridade judicial.

A colaboração processual é a definição genérica, da qual são espécies a confissão, o chamamento do corréu (que ocorre somente na fase judicial, sem necessário reconhecimento de culpabilidade), a delação (ocorre em qualquer fase, e requer a ocorrência de confissão), a delação premiada (que pressupõe a contribuição para a apuração da materialidade do delito e da autoria) e a colaboração processual em sentido estrito (compreende qualquer forma de cooperação que resulte em benefício de cunho processual, como a ausência de persecução, por exemplo).<sup>819</sup>

A propósito: as críticas e os aspectos dogmáticos apresentados ao instituto português são aqui aplicáveis, pelo que se reporta aos termos lá expostos. Ressalva-se, porém, que a situação relativa ao alcance e ao tratamento da confissão, em território brasileiro, são diferenciados (sempre deve ser cotejada com outros elementos de prova presentes no processo e não há exigência de ser integral e sem reservas, pelo que pode ser divisível seu conteúdo<sup>820</sup>).

Primeiramente, cumpre citar o artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90 (chamada de Lei dos Crimes Hediondos), que prevê que o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

A Lei nº 8.137/90 (que trata de crimes contra ordem tributária, a ordem econômica e a relação do consumo), em seu artigo 16, parágrafo único, também estabelece que, nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

O artigo 6º da Lei nº 9.034/95 (que dispunha sobre as ações de organização criminosa) estabelecia que, nos crimes praticados por organização criminosa, a pena será reduzida de um

---

<sup>818</sup> ESSADO, 2013, p. 4.

<sup>819</sup> ESSADO, 2013, p. 4-5.

<sup>820</sup> Nos termos do Código de Processo Penal brasileiro, artigos 197 e 200.

a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e de sua autoria.<sup>821</sup> De ser lembrado que a Lei Federal nº 12.850/2013 revogou tal dispositivo.

Esta última Lei Federal prevê a colaboração premiada entre os artigos 4º e 7º, como abaixo segue.

Inicialmente, ela estabelece que o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; e/ou a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; e/ou a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; e/ou a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e/ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Na hipótese de concessão da colaboração premiada, o juiz deverá observar a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

A partir da relevância da colaboração prestada, podem surgir as seguintes possibilidades:

- a) o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial;
- b) o prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional;

---

<sup>821</sup> Já ao tempo daquela legislação, a redução era obrigatória, consistindo em um direito subjetivo do acusado, se cumpridas as condições exigidas previstas pela lei, notadamente quando o acusado descreveu o *iter criminis*, a forma de sua contratação pelo grupo criminoso, as pessoas que fizeram dita contratação, o que serviu de elemento para comprovação da cadeia criminosa (ainda que parcial), já que, neste caso, não se exige o desmantelamento do grupo criminoso (BRASIL. Tribunal Regional Federal. 2ª Região. Apelação nº 98.02.43451-5-RJ. RT, 2000, p. 706-711), em julgamento de delito de tráfico internacional de entorpecentes.



- c) o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo;<sup>822</sup>
- d) se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Interessante notar que o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. Somente após o acordo, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

O juiz não participa, com acerto, da negociação porque pode recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto. Após homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações. E, ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

Importante observar que as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Como já apontado em momento anterior do presente trabalho, é seguido o padrão germânico quanto a tal situação.

Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, especialmente porque o colaborador renunciará, na presença de seu defensor,<sup>823</sup> ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, mas deve sempre estar assistido por defensor.

---

<sup>822</sup> Essado (2013, p. 212) afirma tratar-se de verdadeira hipótese de aplicação do princípio da oportunidade dentro do processo penal brasileiro.

<sup>823</sup> Conforme o artigo 6º da Lei Federal nº 12.850/2013, o termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: o relato da colaboração e seus possíveis resultados; as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Entretanto, por expressa disposição legal, nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador – na linha do que fora explicado sobre a colaboração em Portugal.

A partir da cooperação, o colaborador passa a ter diversos direitos concedidos, quais sejam: usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados, conforme o artigo 5º da Lei nº 12.850/2013.

O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto, que serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, com necessidade de decisão em até 48h. Terão acesso a ele o juiz, o representante do Ministério Público e o delegado de polícia responsável pela investigação, como forma de garantir o êxito dela, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no artigo 5º, a pouco referido.

Saindo do âmbito da Lei Federal nº 12.850/2013, deve ser citado que a Lei nº 9.613/98 (que estabelece os crimes de lavagem e ocultação de bens, direitos e valores), com alteração determinada pela Lei nº 12.683/12, em seu artigo 1º, parágrafo 5º, determina que a pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Já a Lei nº 9.807/99 (que prevê a proteção de testemunhas), em seu artigo 13, prevê que poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado

efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal,<sup>824</sup> desde que dessa colaboração tenha resultado a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime. Para tanto, o juiz também levará em consideração a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

E, no artigo 14, estabelece que o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

O artigo 41 da Lei nº 11.343/06 também prevê outra forma de colaboração no que diz com os crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes. Segundo ele, o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Por fim, cabe indicar que o parágrafo 4º do artigo 159 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 9.269/96, prevê que, nas hipóteses de crimes de extorsão mediante sequestro,<sup>825</sup> quando praticado em concurso de agentes,<sup>826</sup> o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.<sup>827</sup>

Aqui, é oportuno ponderar que a existência de uma espontaneidade (livre de qualquer sugestão) na vontade de delação é de difícil configuração, na medida em que devem ser esclarecidas a ele as vantagens processuais e materiais decorrentes da delação, e não pode ser o acusado impedido de obtê-las tão somente pelo fato de que sua colaboração deu-se em

---

<sup>824</sup> Não constitui constrangimento ilegal a exigência formulada pelo Ministério Público, ainda na fase investigativa, de que a delação seja confirmada em juízo para fins de produção de efeitos, até pelo fato de que decorre de consequência legal, na medida em que a colaboração deve acontecer nas duas etapas - investigativa e processual. Ademais, o benefício em tela exige, para a sua configuração, diversos outros requisitos, não apenas a delação, na medida em que ela não constitui direito subjetivo do arguido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 35.484-RS, p. 7).

<sup>825</sup> Conforme a indicação típica presente no parágrafo do documento principal, consiste na conduta de *sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate*.

<sup>826</sup> Nessa hipótese, não há a necessidade de que seja ele praticado em quadrilha ou bando, basta o mero concurso de agentes para a sua prática (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 33.803-RJ, p. 1).

<sup>827</sup> Uma vez que a delação feita à Autoridade levar à efetivação da localização e libertação da vítima, a causa de redução possui incidência obrigatória (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 35.198-SP, p. 1).

momento posterior a eventual orientação neste sentido – deve, portanto, ser satisfeita com a voluntariedade e a liberdade dela, tecnicamente orientada.<sup>828</sup>

Consoante se infere das várias hipóteses trazidas, a colaboração processual pode ser caracterizada como um instrumento de investigação contra o crime organizado ou a macrocriminalidade e consiste em uma revelação que é realizada por um ou mais integrantes que participaram de uma determinada empreitada criminosa, seja pela identificação dos demais envolvidos, seja pela indicação do local onde estão os bens, valores e interesses que foram obtidos com o crime – adquire, pois, a condição de ser uma confissão (que necessita ser voluntária<sup>829</sup>), mas que também é identificada como meio de prova.<sup>830,831</sup> Seu objetivo é o sobrestamento da ação, o perdão judicial ou a diminuição do *quantum* de pena aplicável.<sup>832,833</sup>

Não obstante, ainda que haja uma valoração ética acerca de uma eventual traição, a vontade do acusado, apresentada de maneira livre e voluntária, voltada para o auxílio na persecução criminal, está adequada à liberdade de expressão que também compreende um direito fundamental,<sup>834</sup> assim como reflete seu exercício de defesa em sua maior amplitude.

Tais institutos são consequências de um reconhecimento de que o Estado não possui capacidade plena de investigação e apuração de todos os delitos que demandam sua repressão, especialmente no que tange aos delitos decorrentes de organização criminosa, cuja estrutura organizacional foge das capacidades investigativas do Estado.<sup>835</sup> É possível afirmar que elas também ocorrem quando um dos integrantes da organização criminosa vê-se desamparado pelos demais, ou, então, quando percebe possível prejuízo contra si e não aos demais, dada a persecução em andamento – em regra, os fins que levam à delação não são os mais nobres, o que acaba por beneficiar o Estado na busca da verdade processual.<sup>836</sup>

---

<sup>828</sup> ESSADO, 2013, p. 206.

<sup>829</sup> E com respeito aos direitos e garantias constitucionais do indivíduo, obtida quando do interrogatório (PENTEADO, 2006, p. 636).

<sup>830</sup> PENTEADO, 2006, p. 636.

<sup>831</sup> Ressaltar que há entendimento no sentido de se tratar de um meio de obtenção de prova, já que se trata de um instrumento voltado ao combate da criminalidade organizada, na medida em que a delação tem caráter neutro, pois sua contribuição dependerá do resultado daquilo que for conseguido a partir dela, inclusive não trazer qualquer resultado (ESSADO, 2013, p. 206).

<sup>832</sup> PENTEADO, 2006, p. 637.

<sup>833</sup> Quando presente a possibilidade de perdão judicial, está-se diante da ocorrência de um arquivamento fundado na ausência de interesse de agir por falta de punibilidade em concreto (ESSADO, 2013, p. 208).

<sup>834</sup> ESSADO, 2013, p. 206.

<sup>835</sup> MARCÃO, 2006-2007, p. 131-132.

<sup>836</sup> MARCÃO, 2006-2007, p. 132.

Como indica a doutrina,<sup>837</sup> e pelo que se pode observar da leitura de cada exigência no caso a caso, as normas indicadas não guardam uma sistematicidade e o instituto, ao menos no âmbito brasileiro, ainda não alcançou seus objetivos.

De ser pontuado que é no momento da sentença que haverá a devida valoração da colaboração, no sentido de ver se ela, de fato, deve ser tida como um meio probatório de relevância, ao ser visualizado se entre ela e os demais elementos de prova trazidos aos autos existe a devida compatibilidade para sua caracterização como premiada.<sup>838</sup>

Assim, é possível apresentar que suas valorações dependem do resultado final materialmente produzido por elas, com privilégio da concretização da verdade em detrimento do acordo em si (identificação de autores, recuperação de bens e de produtos do crime, de vítimas com vida, dentre outras - privilégio de uma concepção germânica/italiana sobre a linha americana de atuação, conforme já explicitado em momento anterior desse trabalho), da mesma forma como apresentam limitações legais de redução de pena – as hipóteses de perdão são mais restritas.

Consequentemente, e em conformidade com o apontado quando do exame da colaboração processual em Portugal, não há um enquadramento específico do instituto com uma *plea bargaining*, pois sempre haverá a exigência de uma condicionante, superior mesmo à discussão acerca da verdade processualmente aceita: competirá ao juiz avaliar se aquela colaboração se mostrou relevante para a elucidação do crime – do contrário, será mera confissão.

Em suma, o conteúdo da colaboração deve ser tal que traga elementos novos que possibilitem a investigação, como critério de idoneidade material, de forma concreta.<sup>839</sup>

#### **4.2.4 De lege ferenda: os projetos de alterações do Código Penal e do Código de Processo Penal e os acordos**

No projeto de reforma do Código de Processo Penal que tramita em uma das casas legislativas brasileiras,<sup>840</sup> há a iniciativa de inclusão da negociação de sentença criminal, nos

---

<sup>837</sup> PENTEADO, 2006, p. 657.

<sup>838</sup> ESSADO, 2013, p. 211.

<sup>839</sup> ESSADO, 2013, p. 211.

<sup>840</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156 de 2009, documento não paginado. Referido projeto, na Câmara dos Deputados, recebeu o nº 8.045 de 2010.

termos no Livro II, Título II, Capítulo III, artigos 271 e 272, sob o título de procedimento sumário,<sup>841</sup> que somente existirá se houver a imediata aplicação de pena.

Se aprovado o projeto, dar-se-á a possibilidade de aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

Além do requisito objetivo anterior, são exigências para sua aplicação:

- a) que ela ocorra até o início da instrução e da audiência, conforme ditado pelo rito ordinário até então, já que o rito somente tornar-se-á sumário se houver o acordo – aproximação com o sistema alemão e com o sistema italiano, pois já estará explicitado o teor da acusação, pelo que se difere do sistema americano;<sup>842</sup>
- b) o requerimento do Ministério Público e do acusado, por seu defensor;
- c) a ocorrência de confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; e
- d) aplicação do mínimo de pena previsto na cominação legal, independentemente da existência de agravantes ou de causas de aumento de pena – reduzida possibilidade de aferição da culpabilidade por parte do julgador, com afastamento, portanto, dos modelos europeus de negociação, na medida em que a lei taxará a pena imposta. Idealmente, deveria ser dada margem de exame judicial sobre o *quantum* a ser imposto. Ademais, a previsão taxativa de pena se afasta, até mesmo, do *plea bargaining* americano que, apesar do que vem apontado por seus críticos, admite que a pena se afaste do mínimo legal e afira melhor a culpabilidade do agente.

Permanecia, expressamente, a possibilidade de aplicação de pena substitutiva à privativa de liberdade e de suspensão condicional da pena, desde que presentes os pressupostos exigidos no Código Penal para tanto.

---

<sup>841</sup> Como indicado na Exposição de Motivos do projeto: “De outro lado, e atento às exigências de celeridade e efetividade do processo, modifica-se o conteúdo do procedimento sumário, mantendo-se, porém, a sua nomenclatura usual, para dar lugar ao rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa. A sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a solução final e célere do processo, respeitando-se a pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele. A alternativa consensual não desconhece e nem desobedece, contudo, aos padrões de reprovabilidade já consagrados na legislação penal, limitando-se a possibilidade de sua aplicação aos delitos cuja pena máxima não seja superior a oito anos.” (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156 de 2009, documento não paginado).

<sup>842</sup> Conforme o artigo 265 do citado projeto: “Na audiência, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações da vítima, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado” (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156 de 2009, documento não paginado).

Caso as circunstâncias pessoais do agente e a gravidade das consequências do crime indicarem, poderá haver diminuição de até um terço da pena mínima prevista na cominação legal, e restará o acusado isento das despesas e custas processuais – isto só reforça a crítica apresentada anteriormente.

Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

Em que pese a louvável iniciativa do legislador brasileiro, o sistema brasileiro não se identifica nem com o modelo europeu, nem com o modelo americano, na integralidade – até mesmo o *nolo contendere*, quando aceito, não impõe a fixação de pena no mínimo legal. Mais, sequer se amolda ao procedimento sumaríssimo português, que permite o controle judicial, a verificação da verdade apresentada e da culpabilidade do arguido. Certamente, esta criação brasileira, caso aprovada, apresentará problemas ali adiante, problemas estes de difícil solução, por falta de parâmetro em que se basear, pois não aproveita o que há de consolidado noutros sistemas e se afasta deles, igualmente.

Será, com toda a tranquilidade, aceito por aqueles analisam o processo como uma fonte de benefícios ao acusado (só admite penas mínimas e incidência de causa de diminuição de pena), mas será um tormento para todos os demais que pensam nas ideias de que o processo reflete um equilíbrio entre a liberdade do réu e o interesse social violado.

Para ilustrar, traz-se um exemplo raso: o réu reincidente será tratado da mesma forma como o réu primário que aceitar o acordo.

Mas outras questões de relevo merecem análise: o projeto prevê a desconsideração das agravantes e das causas de aumento. Assim, poderão ser elas descritas na sentença? Sim, porque se elas estiverem na sentença, o correto seria aumentar a pena mínima; se a pena mínima será o resultado do acordo, elas devem ficar fora da apreciação judicial. Se ficarem fora, o juiz estará obrigado a mencioná-la em sentença? Se ficarem de fora, como ficarão as questões de execução penal que encontram restrição por força do reconhecimento da reincidência, por exemplo?

Não se está a dizer que diminuição não haja pelo consenso externado. Mas o que se está a criticar é que o Ministério Público pouco terá com o que negociar: qualquer que seja a situação, ele já terá exposto qual será a acusação antes do acordo (o que, mais uma vez, afasta a hipótese do *plea bargaining*, na figura da *charge bargaining*); qualquer que seja a situação, o máximo de pena que poderá obter é o mínimo legalmente previsto (impossível qualquer *sentence bargaining*).

Aqui, ocorrerá a crítica às avessas: em geral, pontuam os detratores das negociações de sentença criminal que o Ministério Público impõe condições que podem, inclusive, forçar um inocente a aceitar o acordo. Entretanto, em um protagonismo brasileiro estranho, o acusado é que terá o controle total do que venha a ser acordado – além de escolher se fará o acordo ou não, terá para si a possibilidade de querer a aplicação de uma causa de diminuição sobre a pena mínima a ser aplicada, inscrita como dogma no projeto.

Considerando o contexto do presente trabalho, será ele uma verdadeira “Torre de Babel”, pois, ao invés de buscar uma unidade de conceito, não definiu se falará inglês (pela liberdade negocial do Ministério Público americano), alemão (pelo protagonismo judicial), italiano (pela negociação protagonizada pela parte, mas com controle judicial da base fática e da responsabilidade) ou, mesmo, português (pelo fato de que a pena a ser imposta no procedimento sumaríssimo é proposta pelo Ministério Público, com exame da admissão da acusação de forma judicial antes do arguido ser cientificado do requerimento ministerial). E, de todos eles, afasta-se por já ter pena preestabelecida, qualquer que seja o réu, qualquer que seja a causa de aumento.

Cabe observar que o já citado projeto de alteração do Código de Processo Penal também prevê, como segue:

- a) a conciliação, que vem estabelecida no Livro II, Título II, Capítulo IV, Seção III, artigos 287 a 290;<sup>843</sup>
- b) a transação penal, regulada no Livro II, Título II, Capítulo IV, Seção III, artigo 291 e seus parágrafos;<sup>844</sup> e

<sup>843</sup> Como consta no Projeto de Alteração do Código de Processo Penal: “Art. 287 Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 288 A conciliação será conduzida pelo juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 289 A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

§1º Tratando-se de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de representação.

§2º Nas condições do parágrafo anterior, no caso de acordo no curso do processo, o juiz julgará extinta a punibilidade, desde que comprovada a efetiva recomposição dos danos.

Art. 290 Não havendo conciliação a respeito dos danos civis, será dada imediatamente a vítima a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Parágrafo único. O não-oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.”

<sup>844</sup> Como consta no Projeto de Alteração do Código de Processo Penal: “Art. 291 Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.



- c) a suspensão condicional do processo, com previsão no Livro II, Título I, Capítulo II, artigos 254 e seus respectivos parágrafos.<sup>845</sup>

De ser ressaltado que os limites legais para a aplicação da conciliação e da transação penal permanecem, na medida em que o artigo 276 do projeto mantém a mesma definição de infrações de menor potencial ofensivo hoje vigente.

Por outro lado, o projeto de lei que visa alterar o Código Penal vigente no Brasil<sup>846</sup> prevê a figura da colaboração com a justiça, na Parte Geral, Título VII, artigos 104 e 105.<sup>847</sup>

§1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade.

§2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz.

§4º Acolhendo a proposta do Ministério Público e aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§5º A imposição da sanção de que trata o §4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”

<sup>845</sup> Como consta no Projeto de Alteração do Código de Processo Penal: “Art. 254 Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual a 1 (um) ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).

§1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I – reparação do dano, salvo comprovada impossibilidade de fazê-lo;

II – proibição de frequentar determinados lugares;

III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;

IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§2º O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, vedada a imposição de pena criminal.

§3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§5º Expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade.

§6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.”

<sup>846</sup> BRASIL. Senado Federal. Emenda ao Projeto de Lei nº 236 de 2012, documento não paginado.

<sup>847</sup> Como consta no Projeto de Alteração do Código Penal: “Art. 104. O juiz, a requerimento das partes, concederá o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade se o imputado for primário, ou reduzirá a pena de um a dois terços, ou aplicará somente pena restritiva de direitos, ao acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I – a total ou parcial identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; ou

III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

“Art. 105. A aplicação do disposto no artigo anterior exige acordo que será celebrado entre o órgão acusador e o indiciado ou acusado, com a participação obrigatória do seu advogado ou defensor, respeitadas as seguintes regras:

Aqui, vale considerar que fica mantida a necessidade de que a colaboração venha acompanhada de outros elementos probatórios convincentes (inciso II do artigo 105); permanece a condição de que o acordo celebrado dependerá, para a produção de seus efeitos, do(s) resultado(s) obtido(s) a partir da delação realizada (inciso I do artigo 105); e, em que pese o acordo vincular o julgador, deixa à consideração dele qual medida a ser aplicada dentre as previstas no *caput* do artigo 105 – forma-se, pois, uma simbiose entre o sistema americano quanto à observância judicial e o sistema europeu quanto à decisão final.

Porém, ainda que haja tal simbiose, sempre a última palavra será judicial quanto ao alcance e os efeitos da delação havida, pelo que não se trata de uma negociação propriamente dita, mas de uma forma de colaboração processual propriamente.

---

I – o acordo entre as partes, desde que tenha efetivamente produzido o resultado ou os resultados mencionados no caput deste artigo, vinculará o juiz ou tribunal da causa;  
II – a delação de coautor ou partícipe somente será admitida como prova da culpabilidade dos demais coautores ou partícipes quando acompanhada de outros elementos probatórios convincentes;  
III – ao colaborador da Justiça será aplicada a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas;  
IV – oferecida a denúncia, os termos da delação serão dados ao conhecimento exclusivamente dos advogados das partes envolvidas no acordo, que deverão preservar o segredo, sob as penas da lei.”

## 5 A NEGOCIAÇÃO DE SENTENÇA CRIMINAL E SUA REPERCUSSÃO DENTRO DO PROCESSO PENAL

Passadas as apresentações anteriores, vai-se a um momento relevante do trabalho, qual seja, o de enfrentar as relações entre a negociação de sentença criminal e os princípios de força dentro do processo penal, especialmente no que diz com a obrigatoriedade da ação penal, na busca pela verdade dentro do processo e nos relacionados com a atuação dos sujeitos processuais.

### 5.1 A negociação de sentença criminal prejudica o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal?

Os conflitos formam parte relevante do contexto social e podem atingir interesses individuais e sociais. Nos dias atuais, dentro do processo criminal, o conflito inicial, que se dá entre pessoas, é substituído por seus representantes, de forma que aquele que representa a sociedade e, por extensão, a vítima, atua de tal maneira que esta última é praticamente afastada do cenário processual, com participação menor na resolução do conflito, já que substituída pelo Estado.<sup>848</sup> Em regra, assim é moldado o processo penal atual.

Os Estados, segundo seus critérios de organização política, podem adotar dois caminhos para efetivar essa representação. O primeiro deles, como já apontado anteriormente, é típico do sistema anglo-americano, conhecido por sua discricionariedade na ação penal.

Além do sistema americano de disponibilidade da ação penal a partir do interesse das partes, pode-se citar o sistema francês e o sistema belga, baseado na disponibilidade que parte de um interesse público, vinculado a uma razão de Estado, o que pode, inclusive, sacrificar a persecução penal por um critério político.<sup>849</sup>

Especificamente, a discricionariedade<sup>850</sup> é voltada para uma modificação na compreensão de prevenção e consideração de suportabilidade da criminalidade no seio social, pelo que passa o processo a ter um caráter subsidiário.<sup>851</sup> Assim, apresenta-se como uma porta aberta para a avaliação da necessidade de oferecimento da ação penal, a partir de percepções

<sup>848</sup> Christie (1977, p. 4), que expressa alguns dos motivos para tal substituição, como a necessidade do Estado em resolver o conflito e, por consequência, proteger a vítima e a sociedade, bem como para afirmar seu poder, especialmente se tomarmos em consideração o passado da humanidade, o que justifica o Estado receber tudo o que for determinado para a solução do conflito e que parta do ofensor (dinheiro, propriedade, trabalho).

<sup>849</sup> MAIA COSTA, 2001, p. 40.

<sup>850</sup> Adérito Teixeira (2006, p. 34-35) aduz que inexistente um conceito próprio de discricionariedade, na medida em que ela é vista por seu contraponto, a legalidade/obrigatoriedade.

<sup>851</sup> CAEIRO, 2000, p. 33.

políticas, financeiras, sociais, dentre outras. Aqui, há verdadeira disponibilidade do processo penal e de seu objeto,<sup>852,853</sup> o que acaba por legitimar a variedade de *bargaining* utilizada no contexto americano, p. ex.<sup>854</sup>

Como já visto, a discricionariedade presente na *common law* foi a origem da negociação de sentença criminal.<sup>855</sup>

Assim, é possível dizer que a discricionariedade consistiria em uma opção por aquilo que estivesse a formar um interesse público que atingisse um plano geral, que poderia, inclusive, sufragar o interesse de índole penal, mesmo que por aplicação de convenções não jurídicas, mas de âmbito político-administrativo, p. ex.<sup>856</sup> Em outros termos, o exercício da atividade de persecução penal seria, para o Ministério Público, uma atividade administrativa que objetiva a uma utilidade social.<sup>857</sup>

Caracteriza-se pela adequação entre o plano da *law in books* e da *law in action*, já que o sistema formal está vendo a necessidade de estabelecer prioridades e estratos de atuação em vista de seus limitados recursos.<sup>858</sup>

Este processo dispositivo vem elencado por algumas causas que levam a ser declinado o exercício da ação penal, como, p. ex., a ausência de interesse substantivo que justifique seu exercício, quando for o acusado sujeito à efetiva persecução em outra jurisdição e/ou quando houver alternativa não criminal para sua punição<sup>859</sup> (além, por certo, daquilo que informa o exercício da ação penal que depende da vontade das vítimas).

A ausência de interesse na persecução pode ser demonstrada em razão das políticas prioritárias em matéria penal, as características do delito em pauta, a falta de incentivo efetivo na persecução, a irrelevância da culpabilidade do agente, o histórico criminal dele no que diz

---

<sup>852</sup> TORRÃO, 2000, p. 127.

<sup>853</sup> As soluções dos conflitos são apresentadas conforme as peculiaridades do caso concreto e, somente após, haverá a fixação de normas que se criam a partir do fato apresentado, naquilo que se pode definir como um método *indutivo* (TORRÃO, 2000, p. 128).

<sup>854</sup> Das lições de Albergaria (2007, p. 50-51) e Fine (2011, p. 4, 125-126), é possível extrair que, no sistema penal americano, tem-se aquilo que vem definido como um modelo acusatório puro, no qual existe um processo dispositivo muito assemelhado ao existente no ramo civil, com o juiz em um posicionamento passivo frente ao dever das partes em trazer o que lhe interessa para o processo.

<sup>855</sup> Importante ressaltar que existe uma oportunidade que vige no mundo real, qual seja, aquela que decorre de eventos que fogem do controle estatal, como, p. ex., o desinteresse eventualmente manifestado pela vítima em levar ao Estado o conhecimento do crime a que fora submetida, ou aquela que se dá com a atividade policial, que não conclui a investigação de todos os fatos que chegam ao seu conhecimento (COSTA, 2001, p. 88).

<sup>856</sup> CAEIRO, 2000, p. 40.

<sup>857</sup> FERNANDES, 2012, p. 198.

<sup>858</sup> COSTA ANDRADE, 1991, p. 340-341.

<sup>859</sup> Como consta nos termos do *Standard 9-27.220 dos Principles of Federal Prosecution*.

respeito às atividades criminais, o interesse do acusado em colaborar em outras investigações e o exame da sentença provável em caso de condenação.<sup>860</sup>

Já no que diz com a persecução em outra jurisdição, há de se observar a relevância dela frente àquela que se apresenta, o interesse e a capacidade desta outra jurisdição em cumprir com tal função e a provável sentença a ser aplicada na jurisdição diversa.<sup>861</sup>

Em suma, o Ministério Público deve considerar:<sup>862,863</sup> o interesse do réu em cooperar naquilo que se persegue contra outras pessoas; o passado criminal do réu e seu eventual remorso acerca do fato; o fato praticado em si e o interesse do réu em ver-se responsável por ele; a importância da resolução rápida do conflito penal naquela circunstância de acordo com o interesse público (inclusive no que diz com o efeito para a aceleração do julgamento de outros fatos) e a probabilidade de juízo condenatório ao final do processo; a consequência do acordo frente às testemunhas e às penas potencialmente aplicáveis; os custos envolvidos no julgamento; o efeito sobre o possível interesse indenizatório da vítima, sem prejuízo de outras ponderações que forem pertinentes.

Importante apontar que a União Europeia tem consigo países que optam por tal sistema, o que a levou a prever tal situação na Recomendação nº R(87) 18, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 17 de setembro de 1987.

Nos termos de tal instrumento legal, a consideração sobre não manejar a ação penal ou descontinuar-la deve estar prevista em lei, nas hipóteses em que, primeiramente, exista demonstração de culpa feita pela acusação, e desde que isto respeite bases que envolvam interesse público. Também indica como critérios a serem observados as condições que envolvem o delito, a personalidade do agente criminoso, a provável sentença a ser aplicada, os efeitos dela e a situação que envolve a vítima, sem perder o norte da igualdade perante a lei e da individualização da justiça.

Admite a Recomendação, também em países europeus que adotem a discricionariedade, a aplicação de critérios de diversão em geral, com ou sem injunções e regras de conduta.

Concorda-se, no ponto, com a opinião de Maia Costa,<sup>864</sup> que não aceita a aplicação do princípio da oportunidade em seu critério puro, na medida em que ele caracteriza um manuseio utilitarista e instrumental do direito penal, que desrespeita a noção de direito penal

<sup>860</sup> Como consta nos termos do *Standard 9-27.230* dos *Principles of Federal Prosecution*.

<sup>861</sup> Como consta nos termos do *Standard 9-27.240* dos *Principles of Federal Prosecution*.

<sup>862</sup> ALBERGARIA, 2007, p. 65-66.

<sup>863</sup> Como consta nos termos do *Standard 9-27.420* dos *Principles of Federal Prosecution*.

<sup>864</sup> MAIA COSTA, 2001, p. 46.

da culpa como fundamento ético da pena, sem contar o critério da separação de poderes, na medida em que não compete ao Poder Judiciário definir crimes e quais deles serão perseguidos.<sup>865</sup>

Esse é um dos extremos dessa abordagem.

Como regra geral, contudo, no sistema continental europeu (no qual se espelha o sistema brasileiro), prepondera uma linha oficiosa e de investigação para a apuração da verdade. Vigê, portanto, um método dedutivo, com a lei descrita de forma geral, abstrata e apriorística, com o fato devendo conformar-se a ela.<sup>866</sup>

A obrigatoriedade/legalidade no oferecimento da ação penal, típica desse outro sistema, consiste no dever imposto ao titular dela de intentá-la em todas as ocasiões em que conhecer a notícia de um crime, a partir da presença de elementos de materialidade/existência e indícios de sua autoria. Tal tem como objetivo evitar o arbítrio do Estado frente ao cidadão, na medida em que todos devem ter o tratamento igualitário frente à lei, característica marcante do chamado sistema romano-germânico.<sup>867</sup>

Aliás, a justificativa inicial de tal princípio está vinculada à regra das penas como um fim em si, já que deve haver a aplicação da sanção a todos aqueles que cometem crimes, consequência que somente pode ser alcançada se todas as notícias de fatos criminosos forem perseguidas,<sup>868,869</sup> ou seja, é a devida resposta às críticas feitas por Maia Costa e que foram retratadas acima.

Entretanto, nota-se uma modificação da linha de pensamento acerca do processo, especialmente porque a criminalidade atual caracteriza-se por ser de massa, o que força um equilíbrio entre o interesse criminalizante e a necessidade punitiva dentro do sistema cujo modelo é o continental e os que sofrem sua influência.<sup>870,871</sup> Há uma maior aproximação entre esses dois extremos (disponibilidade e obrigatoriedade).<sup>872</sup>

<sup>865</sup> MAIA COSTA, 2001, p. 47-48.

<sup>866</sup> TORRÃO, 2000, p. 125-126, 129.

<sup>867</sup> TORRÃO, 2000, p. 125.

<sup>868</sup> CAEIRO, 2000, p. 33.

<sup>869</sup> Para tanto, inexistem considerações de ordem econômica, financeira, política, religiosa (SOUSA MENDES, 2013, p. 205).

<sup>870</sup> TORRÃO, 2000, p. 102-103.

<sup>871</sup> Por exemplo, a figura da suspensão provisória do processo prevista pelo direito processual penal português seria uma solução de *política criminal intraprocessual* que possibilitaria a busca de ideal ressocializador, já que o Estado não estaria constituído, somente, com o fito de reprimir, mas volta-se, também, para tratar o acusado de forma mais digna, oportunizando-lhe a correção antes da punição (TORRÃO, 2000, p. 140-141). Ainda, ressalta que tal forma de diversão favorece a noção de prevenção geral (pela resposta à conduta criminal) e a criminalidade de maior potencial ofensivo, pela desobstrução dos tribunais (TORRÃO, 2000, p. 133).

<sup>872</sup> Figueiredo Dias e Costa Andrade (2011, p. 492) citam o caso do direito processual penal germânico, o qual, como já visto, criou formas diversas de solução do conflito penal, mas não autoriza qualquer discricionariedade absoluta por parte do Ministério Público. São vistas, ainda, como medidas em tal sentido uma maior

Com esta nova concepção, confere-se ao acusado a possibilidade de participação ativa na formulação de seu próprio destino, ao mesmo tempo em que se simplifica o sistema de justiça penal.<sup>873</sup> Essa simplificação também agiliza a pretensão da vítima, muito mais interessada em resolver os danos por si sofridos do que, necessariamente, na quantidade de pena a ser imposta ao acusado,<sup>874</sup> o que acaba por reaproximá-la da solução do conflito do qual participara.

Todas essas notas devem sempre ser vistas com a observância de que a acusação deve continuar existindo, na medida do brocardo jurídico de que *nullum iudicium sine accusationis*, pelo que não converte a obrigatoriedade ora estudada em discricionariedade.

Assim, potencializam-se os efeitos de prevenção geral, já que antecipam a resposta jurídica para o caso concreto; conseqüentemente, retiram obstáculos do Poder Judiciário para a apreciação de causas de maior complexidade e relevância; e criam resultados próximos da descriminalização sem que haja a retirada da obrigatoriedade de penalização das condutas.<sup>875,876</sup>

É possível dizer que possibilitam um equilíbrio entre aquilo que é ditado pelo legislador, a pena imposta e o fato praticado em si. Não raro, há o reconhecimento de que as punições são excessivas ou as tipificações vão a um sentido de ser extrapolada a chamada *ultima ratio* do Direito Penal. Assim, a negociação (por decorrer de uma vontade expressada em conjunto), com a adequação da realidade penal, cria uma maior capacidade de aceitação da norma e de suas conseqüências, o que potencializa a política criminal, através da conjunção da necessidade de punição de pessoas e condutas (não apenas aquela típica, mas a de colaboração ou falta dela).<sup>877</sup>

O interesse público refletido na ação penal e na tutela penal em geral é ratificado com a confirmação do acordo pelo acusado, da mesma forma como vem confirmada a prevenção geral e a especial. Os métodos de consenso estão presentes para atenuar comportamentos que

---

descriminalização de condutas (Galain Palermo (2005, p. 185), que assevera que isso é um reflexo do fracasso político criminal que tem levado o legislador buscar alternativas), uma maior necessidade de manifestação das vítimas para autorizar a persecução penal e maior aplicação de sanções diversas da possibilidade de prisão, como a multa (FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, 2011, p. 493).

<sup>873</sup> Torrão (2000, p. 120), que indica que a Recomendação 18 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 11 de setembro de 1987, estimula os Estados membros a adotarem medidas de simplificação.

<sup>874</sup> TORRÃO, 2000, p. 206.

<sup>875</sup> TORRÃO, 2000, p. 120, 123, 216-217.

<sup>876</sup> Mantém a ideia preconizada por Chiavario (1995, p. 347) de que a desjuridicização é mais importante que a descriminalização.

<sup>877</sup> Na linha do que disciplinam Figueiredo Dias e Costa Andrade (2011, p. 487).

possam levar a novas práticas delitivas, já que expressa aceitação à norma que fora anteriormente violada.<sup>878</sup>

Com tudo o que fora exposto, o que se busca é apresentar uma flexibilidade maior da persecução,<sup>879</sup> assim como apresentar uma forma mais ágil de resposta final,<sup>880</sup> especialmente porque a sociedade quer a busca de uma certeza punitiva de forma eficaz do que uma probabilidade maior de absolvição com o decurso do tempo (o que também se adere ao fluxo dos tribunais).<sup>881</sup> Além delas, há de ser observado que concede ao acusado a possibilidade de evitar transtornos econômicos e de responsabilidade penal no que toca com a pena possível (principal e acessória).<sup>882</sup>

Especialmente ao réu, a distensão do conceito de obrigatoriedade do exercício da ação penal objetiva a diminuição de *estereótipos* (que são os pré-conceitos aplicados às pessoas e aos fenômenos e que afetam a visão da realidade), da *interpretação retrospectiva* (que tem forte vinculação com o anterior, e que decorre de uma reflexão de que se está a tratar de um delinquente, inclusive com representação feita que acaba por trazer uma auto-imagem), das *cerimônias degradantes* (os ritos que são necessários para chegar-se à condenação do acusado e que retiram dele sua identidade natural e forçam ele a outra, dentro da formalidade exigida pelo Poder Judiciário), e o que é compreendido como *role-engulfment* (o papel de criminoso, conjuntamente com o que vem estabelecido pelas instâncias formais, acaba por adequar a própria imagem do acusado e o alcance de sua interação social).<sup>883,884,885</sup>

Há de se considerar que, ainda que vinculado dentro do âmbito da legalidade, a maleabilidade exposta está a fazer uma adaptação necessária às novas preocupações estatais e sociais que surgem, inclusive no que pertine à preservação e justificação dos custos apresentados aos contribuintes, que devem, sim, serem mostrados eficazes (e a obrigatoriedade absoluta não tem cumprido com referido dever).<sup>886</sup>

<sup>878</sup> TORRÃO, 2000, p. 139.

<sup>879</sup> FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, 2011, p. 493.

<sup>880</sup> Novamente, Galain Palermo (2005, p. 193): “[...] Al fin y al cabo, la solución del conflicto debería ser el Leitmotiv del proceso penal, que de ninguna forma puede quedar limitado a la búsqueda de la verdad tout court.”

<sup>881</sup> RODRÍGUEZ GARCIA, 1996, p. 81-82.

<sup>882</sup> RODRÍGUEZ GARCIA, 1996, p. 81.

<sup>883</sup> RIBEIRO, 2002, p. 402-404.

<sup>884</sup> Adérito Teixeira (2006, p. 59) refere que a estigmatização daquele que responde à ação penal vem amplificada pela intensa exposição junto aos meios de comunicação, o que acaba causando uma nova forma de publicidade do julgamento.

<sup>885</sup> Costa Andrade (1991, p. 348-349), ao falar sobre a suspensão provisória do processo aplicada no sistema português, expõem que o consenso tende a diminuir as noções de cerimônias degradantes, estigmas que causam frustração, adulteração de identidade, problemas de pertencimento junto à comunidade.

<sup>886</sup> CAEIRO, 2000, p. 44-45.



Deve-se perceber, em síntese, a existência da possibilidade de o Ministério Público, além de acusar, apresentar qual a efetiva amplitude da ação penal<sup>887</sup> (reforça-se que permanece a acusação em países que adotam a obrigatoriedade como princípio; a negociação de sentença criminal muda, apenas, a forma como se chegará à condenação do réu).

O que não se pode tolerar é a constatação de que a autoridade policial tem adotado a conduta de não instaurar a investigação policial em várias ocasiões, pelo que ela está a agir de forma discricionária, não legal, mas por prática.<sup>888,889</sup> Ou seja, como podemos perceber, veladamente, está a mesma autoridade policial fazendo a função de titular da ação penal, em completo desrespeito ao funcionamento do sistema como um todo, já que usurpa função que não é sua, mas do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Afinal, a legalidade/obrigatoriedade não exige a persecução cega de todos os fatos, pois quer evitar resoluções que sejam arbitrárias. Assim, o legislador, dentro de seu limite de atuação, pode regular tal atividade de forma a buscar um maior alcance da objetividade e da justiça, sem, como dito, legitimar a arbitrariedade.<sup>890</sup>

Em adição, oportuno considerar que a obrigatoriedade está em verificar a prática da infração penal, mas a atuação na persecução já é discricionária, na medida em que os sujeitos processuais dispõem das provas da melhor maneira que lhes aprouver para demonstrar suas teses apresentadas em juízo. O mesmo acontece com a realização das técnicas investigativas ou de desistência de determinadas provas (como, exemplificativamente, quais perguntas a serem feitas). Não há óbices, dentro dos sistemas jurídicos, de variabilidade do exercício concedido ao titular da ação penal e ao Poder Judiciário e de dispensa de eventuais provas que não atinjam ao fim buscado.<sup>891</sup>

Disso se extrai que não há qualquer dificuldade na utilização da negociação de sentença criminal dentro da compreensão de discricionariedade e de obrigatoriedade. Se o primeiro tem um caminho predestinado para tanto, nada impede a ocorrência de uma *legalidade aberta*,<sup>892</sup> já que todo o juízo a ser formulado acerca do tema estaria vinculado aos termos da lei. Afinal, ela não afeta a obrigatoriedade da ação penal, dado que a existência de

---

<sup>887</sup> FERNANDES, 2012, p. 31.

<sup>888</sup> FERNANDES, 2012, p. 199.

<sup>889</sup> A partir da compreensão subjetiva-orgânica de uma discricionariedade, que decorre da perspectiva de cada um dos envolvidos no longo trajeto da persecução penal. Assim, acabam por contribuir para aquilo que vem definido como “cifras negras”, “efeito funil”, “ponta de iceberg”, em verdadeira diminuição do conflito de cunho penal, que também decorre da estrada percorrida pela criminalidade: inicia na “latente”, perpassa pela “assumida”, circula pela “revelada”, pela “denunciada”, chega a ser “acusada” e pode resultar em ser “julgada” e, caso for, “condenada”. (ADÉRITO TEIXEIRA, 2006, p. 30).

<sup>890</sup> FERNANDES, 2001, p. 398.

<sup>891</sup> FERNANDES, 2001, p. 273, 275, 398.

<sup>892</sup> Conforme define Caeiro (2000, p. 42) ao examinar a realidade portuguesa de consenso.

justa causa após a não aceitação dos termos propostos determina a atuação do Ministério Público.<sup>893</sup>

Observa-se, nas divisões existentes dentro do sistema continental europeu e daqueles que seguem sua forte influência, que as formas de consenso previstas mostram evidente vinculação às razões internas de obrigatoriedade/legalidade pertencentes àquele sistema penal, o que mantém intacto o interesse público a ser preservado. Isto porque o Ministério Público e o órgão de acusação equivalente somente podem partir para a negociação de sentença penal se preenchidos os pressupostos exigidos para iniciar ou continuar a persecução penal, se o acordo frustrar; somente pode deixar de aplicar qualquer delas se não houver base de autoria e de existência do delito, ressalvadas as hipóteses de extinção da punibilidade – forma-se, portanto, um *poder-dever*,<sup>894</sup> jamais por questões outras.

Aliás, é o que se pode compreender das regulamentações consensuais existentes na Alemanha e na Itália, p. ex., onde há regulamentação legal (constitucional inclusive, como no caso do último), com expresse reconhecimento de que os tribunais podem e devem aferir a veracidade da negociação de sentença, sem possibilidade de que haja qualquer desistência de recurso por parte do arguido, também como forma de manter a exigência obrigatória (estudos já demonstrados em pontos próprios).

Em síntese, a obrigatoriedade se dá na necessidade de persecução; a forma como ela deve ser realizada surge na linha das compreensões de política criminal de cada Estado autonomamente. De onde é forçoso concluir que a negociação de sentença criminal é admissível seja na disponibilidade, seja na obrigatoriedade – basta regulá-la.

### **5.1.1 Uma situação específica: o termo de ajustamento de conduta em matéria ambiental prejudica a obrigatoriedade da persecução penal no Brasil?**

Para fins de tornar mais prática a percepção do que fora exposto sobre a obrigatoriedade da ação penal, destaca-se uma circunstância especial de atuação em resposta à criminalidade, qual seja, a de matéria ambiental, conforme as previsões da legislação

---

<sup>893</sup> No sentido que aduzem Dornelles e Gerber (2006, p. 154-155) sobre a sistemática brasileira. Aliás, no que pertine à questão do exercício da obrigatoriedade da ação penal, sustentam os autores que ela já se dá desde a transação penal, na medida em que há a redução de direitos do arguido, uma determinada resposta decorrente da legislação penal e a presença do órgão responsável pela acusação e pelo Poder Judiciário (DORNELLES; GERBER, 2006, p. 153).

<sup>894</sup> CAEIRO, 2000, p. 40-41.

brasileira. E faz-se isto por uma razão especial: pela possibilidade de composição do dano havido através do termo de ajustamento de conduta, instrumento de cunho cível.<sup>895</sup>

O termo de ajustamento de conduta estabelece cominações para a devida adequação de uma determinada atividade às exigências legais, com força de título executivo extrajudicial,<sup>896</sup> e pode ser manejado por qualquer um dos legitimados para a propositura da ação civil pública, dentre os quais do Ministério Público<sup>897</sup> - que, ao mesmo tempo, é o titular privativo da ação penal pública no Brasil.<sup>898</sup>

Referido termo de ajustamento de conduta é uma das formas, portanto, de proteção de interesses coletivos e que tem como escopo a adequação da atividade aos termos determinados para a atividade, sem que possa ser admitida qualquer possibilidade de espaço intermediário.<sup>899,900</sup> Ou seja, nele devem estar descritas a necessidade de obediência das regras que regulam a atividade e devem, na seara ambiental, também prever a integralidade da recuperação dos danos, da mesma forma como seria disposta sua exigência em eventual ação civil.<sup>901</sup>

A exigência de integralidade da recuperação dos danos é uma consequência do chamado princípio da reparação integral do meio ambiente, de maneira que a sociedade atingida pelo prejuízo ambiental seja reposta a uma situação a mais próxima possível da que existiria se a ofensa ao meio ambiente não tivesse ocorrido.<sup>902</sup> Pelo que estão incluídos os danos em si causados ao meio, mas também aqueles que dizem com as perdas de qualidade

<sup>895</sup> De ser dito que o termo de ajustamento de conduta pode ser realizado em diversas outras matérias que envolvam lesão de cunho difuso ou coletivo, como a matéria relativa ao consumidor, ordem urbanística, bens e direitos de patrimônio histórico, artístico, paisagístico, dentre outros (consoante se infere da leitura do artigo 1º e do artigo 5º, § 6º, da Lei Federal nº 7.347/85, conhecida como Lei da Ação Civil Pública).

<sup>896</sup> Artigo 5º, § 6º, da Lei Federal nº 7.347/85. A título de exemplo, o artigo 20 do Provimento nº 26/2008 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, aduz que “O Órgão de Execução poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º deste Provimento, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados”.

<sup>897</sup> Artigo 5º, inciso I, da Lei Federal nº 7.347/85.

<sup>898</sup> Artigo 129, inciso I, da Constituição Federal brasileira.

<sup>899</sup> LEITE; AYALA, 2012, p. 253.

<sup>900</sup> É, pois, uma alternativa à contenda cível e se mostra um instrumento ágil para a solução da questão surgida, com capacidade de evitar os perigos de uma tutela judicial, sempre incerta no seu resultado e, mais ainda, incerta no seu prazo, como se extrai de Freitas (2005, p. 87). Novamente, o Provimento nº 26/2008 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil: “Artigo 26 O compromisso de ajustamento deverá conter, obrigatoriamente, cláusula prevendo que o descumprimento das obrigações assumidas acarretará o ajuizamento de ação de execução para busca da tutela específica ou do resultado prático equivalente, e cláusula com cominação de medidas coercitivas para a hipótese de inadimplemento.”

<sup>901</sup> LEITE; AYALA, 2012, p. 253-254.

<sup>902</sup> MIRRA, 2002, p. 293.

determinadas pelo dano e a projeção dos reflexos futuros consequentes a ele, mesmo no que tange aos irreversíveis.<sup>903</sup>

Está-se, pois, em frente a um direito de caráter indisponível, de cunho fundamental, cuja reparação não pode admitir qualquer exceção.<sup>904,905</sup> Aliás, outra não é a digressão da Constituição Federal brasileira de 1988,<sup>906</sup> ao estabelecer que todos possuem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de uso comum e essencial à qualidade de vida, que deve ser protegido para as presentes e futuras gerações.

Tanto assim é que, na esfera cível, a responsabilidade ambiental é de cunho objetivo, dada a compreensão do risco criado (que decorre da própria atividade e da exposição de terceiros a ela).<sup>907</sup>

Por certo que a degradação ambiental não merece punição, apenas, na seara civil. Esta é a conclusão que se extrai da simples leitura do § 3º do artigo 225 da Constituição Federal do Brasil, que aduz que as lesões ambientais sujeitarão o infrator às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, conforme visto acima.

Estabelecida está, portanto, a chamada “tríplice responsabilização”, que, conforme a doutrina, prevê que o poluidor deve ser “simultaneamente responsabilizado nas esferas civil, administrativa e penal, o que desde já exclui a conclusão de que o poluidor que posteriormente veio a reparar o dano está isento das sanções de índole penal”.<sup>908</sup>

Uma vez prevista a “tríplice responsabilização” constitucional, a legislação brasileira nos remete à Lei Federal nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

A primeira ponderação é a consequência expressa do artigo 26 da citada lei: nos crimes decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a ação penal é pública

---

<sup>903</sup> MIRRA, 2002, p. 294.

<sup>904</sup> MIRRA, 2002, p. 295.

<sup>905</sup> Novamente, utiliza-se o Provimento nº 26/2008 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, que, em seu artigo 22, parágrafo único, estabelece que seus integrantes deverão observar que, “tratando-se de dano ambiental, a medida compensatória e a indenização são formas subsidiárias ou complementares de responsabilização do fato danoso, devendo haver justificativa, no próprio termo ou em apartado, sobre a impossibilidade do restabelecimento ao estado anterior e da adoção de medidas de recuperação do dano”.

<sup>906</sup> Conforme os termos do artigo 225, *caput*.

<sup>907</sup> MIRRA, 2002, p. 296.

<sup>908</sup> MARCHESAN; CAPPELLI, 2013, p. 23.

incondicionada, ou seja, independe de qualquer vontade o seu manejo. Em suma, mantida a obrigatoriedade do exercício da persecução penal.<sup>909</sup>

Há crimes nela definidos que se enquadram nas hipóteses de transação (como os previstos no artigo 29, *caput*, e artigo 31, por exemplo) e de suspensão condicional do processo (além dos mencionados, pode-se citar o artigo 30), como já explicitado no presente trabalho.

Nesse contexto, onde se reflete a reparação do dano ambiental dentro da ação penal pública de caráter ambiental?

Aqui, imprescindível a leitura do artigo 27 da Lei Federal nº 9.605/98, que deixa evidenciado que, nas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo e que admitem transação penal, somente será esta admitida se tiver havido a prévia composição do dano ambiental, salvo comprovada impossibilidade. Ou seja, para que o autor do fato seja beneficiado com esta medida despenalizadora, terá ele de buscar a reparação do dano ambiental (ou a iminência de tal acontecimento) e demonstrá-la para obtenção da benesse legal.<sup>910,911,912</sup>

Lendo de forma inversa, se não tiver havido a reparação do dano ambiental ou sua iminência, descabe a transação penal e, descabendo ela, deve obrigatoriamente ser proposta a ação penal, como acontece com os demais crimes e já demonstrado no presente trabalho. Assim, pelas razões já expostas quanto à transação penal brasileira (preenchidos os requisitos, obrigatória a proposta; ausentes um ou todos os requisitos, obrigatória a ação penal), não é possível concordar com a opinião de Freitas,<sup>913</sup> que afirma ter a Lei Federal nº 9.605/98 estabelecido o princípio da oportunidade com os termos do artigo 27.<sup>914,915</sup>

<sup>909</sup> Mesmo a ação penal pública, aqui, cumpre uma função socioambiental, pois concede ao Estado o exame da existência da materialidade e dos indícios de autoria, sempre com a lembrança de que o Estado brasileiro pauta-se pela obrigatoriedade (AKAOUI, 2013, p. 134).

<sup>910</sup> FREITAS, 2005, p. 135.

<sup>911</sup> AKAOUI, 2013, p. 135.

<sup>912</sup> Trata-se de uma condição para a obtenção da transação penal, já que não é admissível, dentro do sistema de proteção ambiental brasileiro, que o degradador permaneça sem recuperar a violação do direito coletivo decorrente do meio ambiente – em que pese, cita o autor, a existência de diversos casos em que a transação penal é proposta sem tal exigência, o que acaba por enfraquecer o sistema (AKAOUI, 2013, p. 135-136).

<sup>913</sup> FREITAS, 2005, p. 182.

<sup>914</sup> Acompanha-se o magistério de Marchesan e Cappelli, referido em momento anterior do presente tópico. A propósito, sobre a necessidade de respeito à “tríplice responsabilização”, utiliza-se o Provimento nº 26/2008 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, que, em seu artigo 26, § 4º, é bem claro que, quando da celebração de termo de ajustamento de conduta, “é obrigatória a inclusão de cláusula informando ao compromissário que a celebração do compromisso de ajustamento não exclui as responsabilidades administrativa e criminal decorrentes do fato ou ato investigado.”

<sup>915</sup> Outro não é o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 79.572-GO, documento não paginado; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 88.785-SP, documento não paginado).

Até porque, conforme a “tríplice responsabilização” prevista na Constituição Federal brasileira, mesmo com a reparação do dano, devem ser adotadas as providências de cunho penal pertinentes ao caso concreto.

Cumpra frisar que a assunção, em transação penal, da obrigação de reparar a integralidade do dano não admite que seja postulada a extinção da punibilidade com a comprovação da parcialidade na recuperação, já que obrigatório o cumprimento das condições pactuadas.<sup>916</sup>

No que diz com a possibilidade de suspensão condicional do processo, o artigo 28 da Lei Federal nº 9.605/98 também expõe algumas regras específicas para os crimes ambientais, a saber (incisos I a V):

- a) a declaração de extinção da punibilidade decorrente da suspensão citada dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, salvo impossibilidade;
- b) se o laudo constatar não ter havido a completa reparação, a suspensão referida será prorrogada até seu prazo máximo, acrescido de mais um ano, com a suspensão do prazo de prescrição durante todo o período;
- c) poderá haver nova prorrogação do prazo, nos termos anteriores, caso a prorrogação anterior não tenha sido suficiente;
- d) mesmo com a prorrogação, a extinção da punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.<sup>917</sup>

O que diferencia a transação da suspensão condicional do processo, em matéria ambiental, é que, para a primeira, o dano já deve ter sido recuperado ou esteja na iminência de ser para que seja o benefício concedido, enquanto que, para a segunda, a reparação do dano torna-se uma condição para a extinção da punibilidade.

Em suma, a reparação do dano havida em esfera outra que não a criminal não impede o exercício da resposta penal, que continua obrigatória nas hipóteses de crimes ambientais. Se o dano ambiental for adequadamente recuperado, com a devida comprovação disto, antes da persecução penal, segue a obrigatoriedade da persecução! A única diferença é que as propostas despenalizadoras aplicáveis nos institutos comentados não mais necessitarão

<sup>916</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 14.957-SP, p. 1.

<sup>917</sup> Quanto à última situação indicada no parágrafo, se, mesmo depois de todas as prorrogações cabíveis, não tiver havido a reparação do dano ambiental, pode haver a extinção da punibilidade se ficar demonstrado que o acusado adotou todas as providências necessárias para a reparação, nos termos do laudo (AKAOUI, 2013, p. 137).

contemplar tal exigência no acordo, remanescendo, porém, a possibilidade de outras injunções pertinentes à hipótese.

Mas que fique evidente: a reparação adequada do dano ambiental não interfere na necessidade da persecução penal; ela apenas interfere na decretação da extinção da punibilidade se e quando houver a adoção da transação penal e da suspensão condicional do processo (até mesmo pode influenciar no montante de pena final, caso for). Não pode haver o reconhecimento antecipado da extinção da punibilidade pela mera reparação.

A título de exemplo, poderemos citar as condições gerais já existentes (comparecimento periódico a juízo e fornecimento obrigatório de informações como profissão e local onde reside) e outras específicas (obrigação de apresentar mecanismos garantidores de que não haverá novas incidências contra o meio ambiente - muros de contenção, piscinas de reciclagem, entre outras tantas alternativas possíveis). Neste contexto, a recuperação seria somente mais uma condição.

Ressalva-se, ao final, que o termo de ajustamento de conduta celebrado em âmbito civil não induz confissão de culpa, pelo que estão preservadas as demais instâncias formais de responsabilização.<sup>918</sup>

## 5.2 A verdade no processo penal deve prevalecer sobre a negociação de sentença criminal?

Busca o processo criminal identificar e sancionar aqueles que infringem o conteúdo da lei penal, para fins de que tais pessoas retornem para o convívio social com o devido entendimento da necessidade de cumprimento das leis penais.<sup>919</sup> Dentro do sistema anglo-americano, p. ex., dá-se através daquilo que vem definido como *adjudication*, ou seja, a solução dos conflitos penais embasada na crença do Estado de Direito (*value of the rule of law*) e no devido processo legal (*premium on due process*).<sup>920,921</sup>

Compete, pois, ao Estado a questão relativa à sanção daqueles que são considerados culpados pela prática da conduta criminal, a partir de uma investigação realizada em um

<sup>918</sup> MARCHESAN; CAPPELLI, 2013, p. 23.

<sup>919</sup> Noutros termos, o processo penal quer alcançar a justiça, proteger direitos fundamentais e bens jurídicos, valorizar a segurança, ratificar a paz social e encontrar uma verdade sobre o fato (ADÉRITO TEIXEIRA, 2006, p. 27).

<sup>920</sup> FEELEY, 1979b, p. 22.

<sup>921</sup> O *value of the rule of law* torna a existência de processos atrelada aos princípios gerais e universais, não a solução com base em critérios de situação particular decorrente de religião, vínculos familiares e de amizade, p. ex. Quanto ao *premium on due process*, é a afirmação de os processos e os procedimentos que afirmam a participação, por parte daquele que se vê envolvido nele, de produção de provas e de exposição de fundamentos que possam autorizar uma decisão a seu favor no final (FEELEY, 1979b, p. 22).

processo, com a adequada demonstração da culpa e da responsabilidade do agente naquele mesmo processo: ou seja, a existência do fato e a culpabilidade pela prática deles imputada ao acusado.<sup>922</sup>

O que aporta ao processo vem das histórias, das interpretações e das informações que estão na compreensão dos sujeitos que são chamados a intervir no feito. Cada ponto histórico decorrente dos relatos formará uma verdade a ser descrita pelo juízo, investido de poder para tanto.<sup>923</sup>

Uma das questões que atormenta críticos do sistema da negociação de sentença diz com a verdade dentro do processo penal, visto que ela estaria prejudicada quando fosse negociada, seja porque a negociação poderia impedir a aferição da verdade tal qual como aconteceu (o que atingiria, igualmente, a culpabilidade e os interesses das vítimas), seja porque ela poderia levar à punição de inocentes.<sup>924</sup>

No que tange à ideia de verdade dentro do processo penal, pode-se ponderar a perspectiva de que, de um lado, existe uma verdade que surge do confronto daquilo que é apresentado pelas partes no processo, com a apreciação judicial relacionada aos critérios atinentes ao tema das provas; e, de outro, a existência de uma verdade que resulta de uma investigação da qual participa o julgador, que não dependerá das contribuições das partes, com o objetivo de haver uma aproximação maior ao fato que acontecera.<sup>925</sup>

Qualquer que seja a perspectiva, quando houver a aplicação das sanções previstas em uma norma (como a do homicídio), está-se diante da aplicação de uma verdade que seja processualmente válida, não a verdade em si ou existencial - inexistente a possibilidade de se aferir a verdade em seu conteúdo histórico, pois é ela decorrente daquilo que as regras processuais legitimam.<sup>926</sup>

---

<sup>922</sup> GÖSSEL, 2004, p. 63.

<sup>923</sup> BINDER, 2003, p. 62.

<sup>924</sup> Pelo aspecto histórico, calha mencionar que o princípio acusatório ganhou força no século XIX, com a definição de titulares específicos para o exercício da ação penal (conforme fosse pública ou privada), não mais cabendo ao juízo. Porém, o princípio da verdade material tem sua origem no período inquisitório (CAVALEIRO DE FERREIRA, 1986, p. 24-25).

<sup>925</sup> Figueiredo Dias (1974, p. 148-150) aponta que a primeira consiste no processo presidido pelo *princípio da contradição ou discussão*, enquanto que o segundo caracteriza-se por ser pautado pelo *princípio da investigação*. Sousa Mendes (2013, p. 216-217) apresenta que a produção, a persuasão do julgador e a tática compreendem deveres das partes processuais. A acusação apresenta as provas que confortem suas alegações e a ela cabe o convencimento judicial quanto à necessidade de condenação do acusado, o que desonera a responsabilidade defensiva quanto ao tema; contudo, está autorizado ao Judiciário coletar provas suficientes para convencimento naquilo que lhe for necessário para a procura da verdade e à correta decisão do conflito penal apresentado, mesmo que as partes tenham perdido a oportunidade de fazer uso delas. Das lições de Costa Andrade (2013, p. 335), é muito oportuno mencionar que a busca da verdade já surgia desde o tempo em que a Alemanha estava sob influência do sistema inquisitorial, na medida em que o juiz também estava obrigado a diligenciar nas provas que indicassem a inocência daquele que fora acusado.

<sup>926</sup> FARIA COSTA, 2001, p. 426.



Do que se diz que a verdade judiciária compreende uma verdade que não necessariamente é a mais concreta, na medida em que o juízo, além de poder limitar-se às formas mais tradicionais de coleta de prova, está impedido de buscar todo e qualquer material probatório que o poderia levar até aquele estágio da verdade.<sup>927</sup>

Apesar de a finalidade do processo penal ser a de realizar a justiça, esta realização não representa um fim absoluto, razão pela qual pode ser ela cerceada por diversas razões (que originam as nulidades e as inadmissibilidades de prova, p. ex.), com o que se conclui que ela somente pode ser atingida com uma base processualmente válida, especialmente com respeito aos direitos fundamentais individuais daqueles que estão envolvidos.<sup>928</sup>

Noutros termos, a prova aceita processualmente é a forma possível de demonstração das questões de fato que necessitam ser solvidas pelo juízo, já que é com ela que se forma sua convicção, conforme suas quatro etapas: a proposição, a admissão, a produção e a apreciação.<sup>929</sup> Ela levará ao atingimento da chamada *verdade contextualizada*,<sup>930</sup> que existe em razão de fatos acontecidos no passado.<sup>931,932</sup>

Desde os primeiros bancos acadêmicos sabe-se que a busca da verdade dentro do processo penal mostra-se quase impossível, mesmo que se reconheça que o ser humano possa revelar a realidade, determiná-la e descrevê-la a ponto de se diferenciar a verdade da falsidade, na medida em que a regra geral é que o arguido não tem interesse na revelação dela,<sup>933</sup> sendo isto uma forma de possibilitar o exercício da liberdade individual para a adequação do próprio destino.<sup>934</sup>

A verdade processual, consequência que é da prova, perfectibiliza-se como a imagem idealizada daquilo que foi apresentado no processo. Seu ápice surge com o fenômeno da coisa julgada, cujo principal objetivo é a proibição de continuidade de discussão acerca dos fatos, com o que soluciona o conflito estabelecido.<sup>935</sup> Tal verdade encontra barreiras na averiguação

<sup>927</sup> MESQUITA, 2010, p. 443.

<sup>928</sup> MARQUES DA SILVA, 2010, p. 39-40.

<sup>929</sup> GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2010, p. 113.

<sup>930</sup> “Face à inexistência de alternativas a este estado de coisas, teremos naturalmente de aceitar que no fundo a verdade do direito penal é uma verdade contextualizada, que pode ou não coincidir com outro tipo de verdades ou mesmo com a ideia de verdade presente em seu escopo [...]” (MONTEIRO, 2009, p. 331).

<sup>931</sup> MONTEIRO, 2009, p. 327.

<sup>932</sup> Há de se pressupor a ocorrência de uma realidade que não pertence a quem a observa, já que há limitação na percepção sensorial humana, bem como pela existência de diversos contextos da observação da ocorrência dele. Assim, os sujeitos processuais são responsáveis pela apuração da verdade sobre a qual haverá uma manifestação judicial acerca de sua existência e responsabilidade, sendo que a verificação dos fatos será procedida por meios científicos ou por meios indiciários, além daquilo que especialmente for exigido por elementos normativos (especial censurabilidade, perversidade, motivos relevantes, etc.) (MONTEIRO, 2009, p. 328-329).

<sup>933</sup> WEIGEND, 2003, p. 157.

<sup>934</sup> MESQUITA, 2010, p. 36.

<sup>935</sup> GALAIN PALERMO, 2011, p. 266.

da culpabilidade do criminoso, que pode fazer com que sejam ocultadas motivações relacionadas com as práticas, dado que a verdade processual encontra-se naquilo que é possível provar.<sup>936</sup> O objetivo do processo penal, portanto, não é a demonstração da verdade, mas a fixação da responsabilidade, a imputação e a demonstração de que não cabe a aplicação da presunção de inocência àquele acusado.<sup>937,938,939</sup>

Para tanto, o processo deve ter provas que se apresentem além da dúvida razoável, e não representa um juízo de tudo ou nada, ou seja, não se trata, apenas, de analisar se há ou não culpa do acusado, mas também a discussão de qual a melhor sanção a ser aplicada no caso concreto.

É possível concluir que o processo não dispõe de elementos rígidos para sua verificação, permitindo, pois que ela seja verificada por diversos critérios, sempre com observância das limitações legais e constitucionais para sua obtenção. No plano material, pode-se falar no empirismo, na indeterminação, nas exigências normativas, nas garantias contra analogia desfavorável, na aplicação de lei mais favorável, nas causas de extinção da punibilidade, o que vêm a prejudicar a chamada verdade real. No plano processual, a seu turno, temos as chamadas regras de experiência, que dão margem a crenças pessoais e idiosincrasias; erros cometidos por aqueles responsáveis pela investigação, restrição de meios probatórios e de sua obtenção; e a falibilidade das testemunhas.<sup>940</sup>

Em conclusão, pode-se dizer que a lei não estabelece a forma como a verdade se faz, mas diz e determina como ela não se faz, a partir da proibição de prova que surge do

---

<sup>936</sup> “[...] Epistemológicamente el régimen inquisitivo colocó la ‘búsqueda de la verdad’ como un objetivo central del procedimiento penal. La verdad empírica o jurídica que se obtiene en el proceso penal es una verdad histórica limitada normativamente, que no puede ser asimilada a la verdad histórica o fáctica, aquella que se concentra en la mera sucesión de hechos sin necesidad de determinar ni comprobar una culpabilidad que admita una imputación penal [...]. Véase que, aun aceptando un modelo inquisitivo de procedimiento penal, el ‘examen de verdad’ que realiza el juez se limita al objeto presentado por la acusación para el enjuiciamiento, y este deber de ‘averiguación de la verdad’ no es comparable con aquel objetivo central del sistema inquisitivo (averiguar la verdad material), porque se trata tan solo de averiguar la ‘verdad del hecho’ que le es presentado al juez por iniciativa ajena. Además, todas las garantías que rodean al indagado y las limitaciones de la prohibición de prueba son límites directos a la ‘búsqueda de la verdad’ en un sentido amplio, factual o histórico.” (GALAIN PALERMO, 2011, p. 264-265).

<sup>937</sup> GALAIN PALERMO, 2011, p. 268.

<sup>938</sup> Aliás: “[...] tiene un efecto preventivo muy importante y es útil para la investigación de datos oficiales antes desconocidos, para obligar determinadas reparticiones estatales a ‘colaborar’ con la justicia, para acabar con la amnesia colectiva, para brindar un espacio de manifestación a las víctimas y para terminar con la impunidad, entre otras cosas [...]” (GALAIN PALERMO, 2011, p. 268).

<sup>939</sup> Encontrar a verdade não é o fim ao qual o Direito se submete. Ele existe para legitimar a apuração de fatos e a punição daqueles que os cometeram, caso previstos como condutas criminosas. A retribuição é consequência do que se pode assim denominar como “merecimento” e “necessidade” da punição, cuja validade decorre da função de evitação da prática de novas condutas assemelhadas (GALAIN PALERMO, 2011, p. 280).

<sup>940</sup> MONTEIRO, 2009, p. 330-331.

conflito entre os interesses estatais e da sociedade na efetivação do processo penal e a exigência de proteção dos direitos individuais.<sup>941</sup>

A questão toma relevo porque estamos a tratar de Estado de Direito (no qual se busca o equilíbrio entre interesses estatais e individuais), e não mais de Estados-polícia (exemplo das ditaduras, em que se vê a possibilidade de largas punições, inclusive contra pessoas inocentes, onde o criminoso deixa de ser o indivíduo para ser o próprio Estado) e de Estados-observadores (de papel mais passivo, onde as relações são definidas pelo jogo de poderes, com a predominância da noção de imposição do direito pelo mais forte).<sup>942</sup>

Porém, nesse Estado de Direito, há limites à verdade,<sup>943,944</sup> como na necessidade de observância da legalidade dos meios de prova e das formas de sua obtenção, nas provas proibidas,<sup>945</sup> na impossibilidade preclusiva de produção de provas após o término de sua discussão (exemplificativamente, como prevê o artigo 361, n° 2, do Código de Processo Penal Português), além, claro, da impossibilidade de reforma de decisão judicial após o término do exercício da jurisdição – sem contar os sigilos fiscais, telefônicos, de correspondência e outras tantas regras restritivas quanto à produção de prova nos ordenamentos jurídicos.

Assim, tem-se a prova ilícita, ou seja, aquela que viola as normas constitucionais ou princípios determinados pela Constituição e pelas leis, como no que tange às liberdades públicas, os direitos de personalidade e a intimidade;<sup>946</sup> e as provas ilegítimas, que violarem as normas de direito processual.<sup>947,948</sup>

A ilegalidade em qualquer intervenção que venha a atingir os direitos fundamentais afeta a validade da prova e, por conseguinte, a obtenção da verdade processual, já que ela nunca poderia ter sido produzida. Pelo que se pode afirmar que há forte aproximação entre proteção de um direito fundamental e as proibições de prova que fora obtida com sua lesão,

<sup>941</sup> GÖSSEL, 2004, p. 67.

<sup>942</sup> GÖSSEL, 2004, p. 64-65.

<sup>943</sup> SOUSA MENDES, 2013, p. 218.

<sup>944</sup> Podem ser citadas outras limitações dentro do direito processual português, como os temas de prova proibidos (segredos de Estado, p. ex., conforme os artigos 137º e 182º do Código de Processo Penal lusitano); os chamados meios de prova proibidos (como eventual gravação de conversas que envolvam o Presidente da República ou o Primeiro-Ministro, p.ex.) (SOUSA MENDES, 2013, p. 178-179).

<sup>945</sup> No caso português, a hipótese prevista no artigo 32, n° 8, da Constituição da República Portuguesa: decorrentes do emprego de tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

<sup>946</sup> Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2010, p. 125), que citam, como exemplo, as violações de domicílio (artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal brasileira) ou das comunicações (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal brasileira); e as obtidas mediante tortura ou maus-tratos (artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal brasileira)

<sup>947</sup> GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2010, p. 125.

<sup>948</sup> Veja-se, por oportuno, que a confissão do acusado, no direito brasileiro, não pode suprir a ausência do exame de corpo de delito direto ou indireto nos casos em que necessitar a comprovação da materialidade do delito, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal brasileiro.

determinando forte vinculação com o sistema de nulidades.<sup>949</sup> Daí que as ingerências em tais direitos somente são admitidas quando previstas em lei.<sup>950</sup>

Se analisarmos, p. ex., o sistema processual alemão, será possível perceber que, dentre outras:

- a) de acordo com o § 244, nº 2, do StPO, o juiz deve adotar de ofício os meios probatórios necessários para a verificação da verdade junto ao processo;
- b) de outra banda, nos termos do § 136a do StPO, está proibida a confirmação de fatos cujas provas tenham decorrido de interrogatório do acusado no qual tenha sido prejudicada a manifestação de sua vontade.<sup>951</sup>

Aliás, como apontado pela doutrina,<sup>952</sup> nem mesmo a Inquisição espanhola estava voltada à busca da verdade desmedidamente, pois as instruções de Torquemada impediam o juiz de buscar prova condenatória além daquelas apresentadas pelo acusador. Por mais espantoso que possa se mostrar, a produção de prova por iniciativa judicial somente era permitida se fosse em prol da tese de defesa, especialmente para depreciar a prova acusatória.

Logo, quer-se dizer que há admissibilidade de renúncias no que tange ao completo aprofundamento investigatório dos fatos, mesmo que tal seja feito dentro de limites legalmente previstos,<sup>953</sup> ainda mais quando se observa que já há a compreensão de que a verdade não pode ser alcançada a qualquer custo, como vem observando os tribunais alemães.<sup>954</sup>

Cabe aqui ser ratificado que a verdade admitida no processo é uma verdade limitada e relativa, característica do processo comum, já que a verdade a ser produzida depende daquilo que o legislador selecionou de forma rigorosa como legalmente aceito, além das coordenações lógicas e temporais existentes nos procedimentos em geral, motivo pelo qual, p. ex., é possível dizer que a verdade decorrente do *patteggiamento* é tida como contingente, relativa, aproximada, dentro de uma limitação ideal, mas igualmente válida (porque, como já visto, a combinação não isenta a apreciação judicial sobre ela e a prova produzida, especialmente por força do artigo 129 do Código de Processo Penal de lá).<sup>955,956</sup>

<sup>949</sup> MATA-MOUROS, 2011, p. 345-346.

<sup>950</sup> MATA-MOUROS, 2011, p. 352.

<sup>951</sup> GÖSSEL, 2004, p. 66.

<sup>952</sup> ANDRADE, 2013, p. 301, 304.

<sup>953</sup> FERNANDES, 2001, p. 279, 567.

<sup>954</sup> WEIGEND, 2003, p. 167.

<sup>955</sup> CALLARI, 2012, p. 16-17.

<sup>956</sup> O mesmo autor diz: “In conclusione, entrambi i riti, ‘comune’ e ‘negoziato’, in una dimensione operativa sistemica, perseguono una perdurante corrispondenza tra l’accertamento processuale e la realtà dei fatti, quantomeno come principio ideale e regolativo; tuttavia, sempre in entrambi, seppure in misura significativamente diversa, le regole e le procedure che disciplinano l’esercizio della giurisdizione penale

Bem se percebe que tal conclusão não decorre do acaso. Há inúmeras regras processuais aplicáveis ao chamado regime de prova e referido regime surge com o fito de obstaculizar o alcance da verdade, na medida em que se constituem em verdadeiros transtornos e óbices às partes (e ao Estado, principalmente), com forte função de garantia.<sup>957</sup>

Afinal, o Estado de Direito concorda com o sacrifício de determinadas provas, especialmente por suas ilicitudes, a ponto de não mais poder buscar as informações de relevo que elas poderiam demonstrar, em prol da proteção individual frente aos abusos de poder estatal.<sup>958</sup> Aliás, caminha na mesma linha o sistema de nulidades processuais, que pode levar à não produção de efeitos de atos que poderiam influenciar na mesma verdade investigada. Por isto, a necessidade de observância das formas.<sup>959</sup>

E, como diz Figueiredo Dias,<sup>960</sup> a legalidade dos meios de prova, as regras de sua produção e as proibições dela são condições de validade também para a verdade material.

A verdade processual também está limitada não apenas pelos meios de prova que são legalmente admitidos, mas porque não é cabível a aplicação da ciência privada do julgador, dentro da compreensão de que somente existe aquilo que consta nos autos,<sup>961</sup> na medida em que a liberdade judicial está limitada ao mérito que fora concretamente produzido naquele processo.<sup>962</sup>

Portanto, o processo criminal serve de meio para a busca da verdade, mas tal verdade realizável deve ser suficiente para a solução do conflito que resulta da quebra do equilíbrio causada pela ofensa criminal (para fins de condenação, que tal verdade supere a presunção de inocência ou a dúvida razoável, já que sua busca é limitada em razão das regras que orientam o processo).<sup>963</sup>

Importante reiterar que a verdade em pauta não se confunde com a verdade real, pela qual se objetiva a demonstração plena de como os fatos se sucederam. Sua demonstração deve estar limitada pelas garantias concedidas aos acusados frente ao ente estatal, o que, *de per si*, impossibilita a busca da verdade plena. O processo conforma-se com uma verdade que se mostra validada pelas exigências daquele.<sup>964</sup>

---

imprimo, comunque, alla verità giudiziale un profilo (tendenzialmente) autoritativo (rectius, performativo) e convenzionale in contrasto con quello della pura ‘corrispondenza’ (CALLARI, 2012, p. 18).

<sup>957</sup> BINDER, 2003, p. 61.

<sup>958</sup> BINDER, 2003, p. 66.

<sup>959</sup> BINDER, 2003, p. 91.

<sup>960</sup> FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 197.

<sup>961</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1968, p. 45.

<sup>962</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1968, p. 47.

<sup>963</sup> WEIGEND, 2003, p. 169-170.

<sup>964</sup> Figueiredo Dias (2011, p. 49), que define tal verdade como uma *verdade processual*. Aliás, concorda-se com a ideia pelo mesmo autor apresentada de que, em casos como o brasileiro, não há um consenso, mas uma

Dito isso, a afirmação que aqui cabe é a de que nenhum processo produzirá a verdade além daquilo que seja legitimador de uma punição ou de uma absolvição. Pode-se dizer que mesmo o processo formal, por vezes, não apresenta a melhor solução para a questão da verdade, e ele próprio se mostra um vasto campo de utilização de acordos, que podem evitar longas discussões acerca das provas.<sup>965</sup>

Para ilustrar tal conclusão, podem ser consideradas as situações que seguem.

Na prática processual, é possível aferir que o julgamento ordinário, afastado da negociação de sentença criminal, não está imune aos riscos de condenação de inocentes ou de abuso no exercício da persecução.<sup>966</sup> Por exemplo, o caso do *habeas corpus* dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Consoante o artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, conceder-se-á tal remédio sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Ao disciplinar o instituto, o Código de Processo Penal brasileiro afirma que haverá coação quando não houver justa causa para privação da liberdade de ir e vir, nos termos do artigo 648, inciso I.

Não fosse tal suficiente, há, no Brasil, a previsão da chamada revisão criminal, que atinge os processos findos (Código de Processo Penal, artigo 621). Sua admissão, por exemplo, dar-se-á sempre que a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos, bem como ao se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, ou se, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena (incisos do artigo mencionado).<sup>967</sup> Com a previsão de que poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após ela.

Note-se, nos termos do artigo 623 do já citado diploma legal, que a revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu,

---

concordância com as propostas e requerimentos feitos de um sujeito processual ao outro (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 21).

<sup>965</sup> ROSSET; CRESSEY, 1976, p. 40-41.

<sup>966</sup> “A decisão penal encerra em si uma intencionalidade própria no sentido de espelhar a única decisão objectivamente possível, perante o recorte factual e a prova produzida sobre a verificação ou não do facto criminoso, ficando arredada daquela qualquer laivo de intencionalidade puramente subjectiva do julgador. Tal vinculação manifesta-se pelo dever de o julgador fundamentar a decisão que tomou, permitindo, por um lado, o conhecimento da construção lógica daquela, e, por outro, a possibilidade da sua sindicância [...]. Na verdade, aquela especial natureza impõe que o julgador busque a única solução, e não apenas que no seu íntimo se convença de que determinada pessoa praticou, ou não, determinado facto criminoso, antes que, da apreciação da prova, resulte evidência lógica e coerente daquela responsabilidade criminal” (VIEIRA NEVES, 2011, p. 125-126).

<sup>967</sup> No artigo em comento, há outras hipóteses de autorização, mas que não são relevantes ao estudo em pauta.

pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Ou seja, não se admite a revisão em favor da acusação contra decisão absolutória ou que tenha beneficiado o arguido de alguma forma.<sup>968</sup>

Isso demonstra que o interesse condenatório do Estado ou da própria vítima não é absoluto e que a verdade a ser buscada no processo está limitada ao interesse do acusado, no contexto brasileiro.

Aliás, a revisão também é prevista no Código de Processo Penal português, conforme seu artigo 449º.<sup>969</sup>

Veja-se que ela é cabível ainda quando prescrita a pena, já cumprida ou quando o procedimento já esteja extinto, nos termos do nº 4 do mencionado artigo.

A diferença, aqui, é que cabe a revisão de sentença transitada em julgado de absolvições<sup>970</sup> e de condenações,<sup>971</sup> diferentemente do ordenamento brasileiro.

Ou seja, não há rito incólume ao erro. Mais do que isto, o próprio sistema admite e reconhece a fragilidade na busca da verdade dentro do chamado procedimento ordinário.

Em consonância com isso, nota-se que o processo penal, em sua evolução atual, tende a acenar para a aceitação de uma verdade decorrente de consenso, negociação, com o

<sup>968</sup> Situação similar ocorre no Código de Processo Penal italiano, nos termos do artigo 629: “É ammessa in ogni tempo a favore dei condannati, nei casi determinati dalla legge, la revisione delle sentenze di condanna o delle sentenze emesse ai sensi dell'articolo 444, comma 2, o dei decreti penali di condanna, divenuti irrevocabili (648), anche se la pena è già stata eseguita o è estinta. É a revisão admitida nos termos do artigo 630: La revisione può essere richiesta: a) se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile (648) del giudice ordinario o di un giudice speciale; b) se la sentenza o il decreto penale di condanna hanno ritenuto la sussistenza del reato a carico del condannato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, successivamente revocata (395 s. c.p.c.), che abbia deciso una delle questioni pregiudiziali previste dall'art. 3 ovvero una delle questioni previste dall'art. 479; c) se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere proscioltto a norma dell'art. 631; d) se è dimostrato che la condanna venne pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato”.

<sup>969</sup> De acordo com o artigo 449º: “1 – A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando:

a) Uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão; b) Uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo; c) Os factos que serviram de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação; d) Se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação; e) Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos nos 1 a 3 do artigo 126º; f) Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação; g) Uma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça.”

<sup>970</sup> De acordo com o artigo 463º: “1 – Se o tribunal de revisão concluir pela condenação do arguido, aplica-lhe a sanção que considerar cabida ao caso, descontando-lhe a que já tiver cumprido.”

<sup>971</sup> De acordo com o artigo 461º: “1 – Se a decisão revista tiver sido condenatória e o tribunal de revisão absolver o arguido, aquela decisão é anulada, trancado o respectivo registo e o arguido restituído à situação jurídica anterior à condenação.”

incremento de acordo entre as partes.<sup>972</sup> Modificam-se, assim, conceitos relativos ao processo,<sup>973</sup> também por consequência das várias regras restritivas quanto aos meios de prova, bem como na redução da liberdade do juiz para a efetivação da pretensão punitiva do Estado.<sup>974</sup>

Como bem se observa, os princípios que servem de balizadores para a teoria do delito e da pena exigem um sistema processual aberto ao consenso, mais do que um que se vincule à busca inquisitiva da verdade, como um canal dinâmico de interação e de comunicação que se explique para a sociedade: o que deve ser objetivado é que haja uma forma de solução dos problemas sociais de forma menos custosa.<sup>975,976</sup>

Some-se a isso a circunstância de que as negociações de sentença marcam grande relevância para a obtenção de provas naquelas circunstâncias nas quais os crimes não apresentam vítimas identificadas (como nos casos dos chamados “crimes do colarinho branco”).<sup>977</sup>

No sistema da negociação de sentença criminal, há um incentivo para as condenações daqueles que são culpados de fato, enquanto que, no sistema do devido processo legal, as condenações recaem sobre aqueles que são legalmente culpados. Assim, há de se considerar que a própria existência da negociação ora estudada supre dificuldades do processo legal (como a questão relativa à dificuldade na realização da prova testemunhal, o que demonstra a própria deficiência do sistema nele embasado), sendo que ambos anseiam pela qualificação da prova a ser produzida a confirmar a condenação.<sup>978</sup> Afinal, o juiz tem sempre a possibilidade de desconsiderar a ausência de objeção, especialmente se considerar aquilo como não condizente com a verdade, a partir do que já se encontra apresentado no processo, ou surja contrastado com o que necessitou ser demonstrado para fatos outros.<sup>979,980</sup>

---

<sup>972</sup> O processo não necessita ver buscada a verdade na sua forma mais real, mas ele admite uma verdade que se encaixe dentro daquilo que foi proposto pelas partes. Assim, é possível que a verdade seja pactuada entre aqueles que são interessados na sua demonstração, conforme consta em Damaska (2010, p. 93).

<sup>973</sup> GALAIN PALERMO, 2011, p. 265.

<sup>974</sup> Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2010, p. 123), a partir do conteúdo dos artigos 157 do Código de Processo Penal brasileiro e artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira, pelo que não são processualmente admitidas. Figueiredo Dias (1974, p. 194) ensina que a verdade materialmente possível dentro do processo não pode ser de cunho absoluto, mas prática, judicial e válida.

<sup>975</sup> GALAIN PALERMO, 2005, p. 193.

<sup>976</sup> Doutrinariamente: “[...] Sin embargo, muchos de los delitos que llegan a los tribunales son ‘conflictos’ que podrían solucionarse por vías menos costosas al proceso penal tradicional, o con sanciones alternativas a la pena de privación de libertad, o incluso de multa.” (GALAIN PALERMO, 2005, p. 192).

<sup>977</sup> MOHR, 2011, p. 8.

<sup>978</sup> RHODES, 1978, p. 72-73.

<sup>979</sup> TARUFFO, 2008, p. 150.

<sup>980</sup> Andrade (2013, p. 210) cita que, quando houver deficiência na prova apresentada pelas partes, a atividade instrutória a cargo do juízo responsável pelo julgamento não sofreu qualquer alteração em países como Portugal, Alemanha e Itália, somente existindo a restrição ao juízo responsável pela investigação, onde ainda houver.



No que respeita às vítimas, o direito delas em obter a verdade não é autônomo, mas vincula-se à exigência de o Estado punir os responsáveis e, reflexamente, também se relaciona ao direito de ser reparada pelo dano sofrido. Depende ele da possibilidade dos ofendidos terem conhecimento daquilo que foi apurado em procedimentos investigativos, e/ou também encontrar franqueados remédios judiciais que tenham celeridade e efetividade ao seu final.<sup>981</sup>

Do exposto, extrai-se que as negociações que envolvam sentenças criminais são condizentes com o objetivo de alcance da verdade vigente na atual compreensão de processo penal, pois ela age, muito mais, para preservação do próprio instituto da jurisdição, de forma a não possibilitar a vingança de cunho privado e a impunidade, ambas representando o uso da força pelo ofendido e pelo ofensor, respectivamente.<sup>982</sup>

Afinal, o consenso expressado na negociação de sentença criminal está ligado a um critério de vontade e de conhecimento, pelo que não é refratário à noção de verdade. O conhecimento deve estar amparado em uma noção de adequação com a própria representação, e serve, portanto, de último estágio para que a verdade seja consentida,<sup>983,984</sup> pois a representação é melhor quando participada por aquele sujeito processual que melhor a conhece: o arguido.

### 5.3 A negociação de sentença criminal e os sujeitos processuais

Por certo, a negociação de sentença criminal demanda o exame das atuações daqueles que estão diretamente presentes na sua ocorrência: o juiz, o representante do Ministério Público, o arguido e seu defensor.

É sobre isso que se deterá o trabalho a partir de agora.

---

Andrade (2013, p. 211-214) também expõe que, na *Common Law* ainda remanesce a inércia judicial não por ser entendido que isto aperfeiçoa o sistema, mas porque, na origem de tal sistema, os jurados mostravam-se inertes porque desejavam que os julgamentos terminassem com a maior brevidade possível, a ponto de indicar que a principal crítica à atualidade do sistema está na compreensão de que o processo criminal seria de interesse das partes, unicamente. Isto tudo porque a atividade judicial quer impedir que as partes venham a dispor de um interesse público (seja pela punição justificada, seja pela preservação de interesses de liberdade individual injustamente sob risco).

<sup>981</sup> GALAIN PALERMO, 2011, p. 251-252.

<sup>982</sup> ANDRADE, 2013, p. 239.

<sup>983</sup> FARIA COSTA, 2001, p. 427, 429.

<sup>984</sup> Resumidamente, “[...] Logo, a vontade consensual e a verdade cruzam-se no direito. E cruzam-se em proporções, está bom de ver, que variam conforme o tempo histórico da sua realização do direito, o lugar da sua específica concretização e variam através de modos diferentes tendo em vista os objectivos que se querem alcançar” (FARIA COSTA, 2001, p. 430).

### 5.3.1 Sobre a participação judicial na celebração dos acordos de sentença criminal

Um ponto importante a ser aduzido diz com a participação judicial na realização do acordo, pois não há consenso específico sobre o tema.

Além de argumentos de ordem funcional (como critérios de progressão de carreira), aqueles que entendem ser ela admissível embasam-se em dois argumentos. O primeiro deles de cunho gerencial, na medida em que haveria um controle da proporção entre o número de processos recebidos, a limitação de recursos à disposição do Poder Judiciário e a efetividade nos julgamentos. O segundo, de aspecto jurídico, que se refletiria na maior certeza, simplicidade e definição quanto ao acordo, pelo que haveria um risco menor a ser aceito pelo arguido.<sup>985</sup>

Entretanto, como já apresentado anteriormente, o tema apresenta divergência. E os argumentos divergentes são de relevo.

O primeiro deles decorre da carga coercitiva contra o arguido, pois muito mais impactante para o último. Parte tal crítica da noção de que a participação do julgador na negociação seria a demonstração de um julgamento antecipado da causa, o que afastaria o princípio da presunção de inocência. Restariam, assim, prejudicadas a voluntariedade na decisão e a imparcialidade no momento do exercício da jurisdição, uma vez que é sabido que o ato de sentença ao juiz pertence.<sup>986</sup>

Como consequência, há a possibilidade de casos em que o julgador perceba, desde logo, que o interesse do acusado em realizar o acordo já demonstraria culpa, pelo que seria caso de modificar o julgador a cada vez que houvesse a recusa ao acordo por parte do arguido. Entretanto, mesmo isto poderia ser um estratagema defensivo utilizado como forma de barganhar o julgador de sua causa, até mesmo para a obtenção de acordo mais favorável, além do forte custo orçamentário que a troca de jurisdição representaria.<sup>987</sup>

Da mesma forma, decorre daí o risco de que a participação judicial não seja resultado de uma devida adequação daquilo que fora investigado, pois, dependendo do estágio investigativo, não será possível verificar a verossimilhança entre a apuração e o acordo, o que também poderá prejudicar a análise do acusado quanto ao seu interesse entre o acordo e o julgamento.<sup>988</sup> Como visto, no modelo europeu, compete ao julgador a verificação da verdade

---

<sup>985</sup> ALSCHULER, 1976, p. 1099-1103.

<sup>986</sup> ALSCHULER, 1976, p. 1103-1108.

<sup>987</sup> ALSCHULER, 1976, p. 1108-1114.

<sup>988</sup> ALSCHULER, 1976, p. 1114-1119.

após o *patteggiamento* celebrado, já que os italianos entendem que a verdade admitida deve ser representada nos termos antes acordados.<sup>989</sup>

Por fim, não se pode olvidar que se está a tratar de um sistema processual penal acusatorial, pelo que o entendimento é uma atividade das partes, na qual não cabe a participação judicial. Compete ao juiz funcionar como um verdadeiro árbitro do equilíbrio entre elas, conferindo a regularidade de seus termos frente aos fatos; com a análise dos fatos, pode o juiz negar o acordo quando não for ele suportado pela prova.<sup>990</sup>

Filia-se, pois, à concepção de que não cabe ao juiz participar da negociação. Além das razões acima elencadas, podem-se adicionar outras razões pertinentes.

O processo criminal deve transitar entre duas exigências, que guardam relação com a ética e com o aspecto jurídico. Em um primeiro momento, deve se ocupar da reafirmação dos valores que estão presentes na ordem jurídica; noutro momento, deve respeitar e garantir a liberdade e a dignidade individual, de cunho irredutível, tudo de forma a servir no combate à criminalidade,<sup>991</sup> feita mediante a atuação judicial, o que torna obrigatória sua manifestação para fins de condenação.<sup>992</sup>

Como já visto anteriormente, se fosse determinado ao juízo realizar a acusação criminal, estaria ele prejudicado em sua imparcialidade necessária, pelo que deixaria também de ser objetivo – cabe-lhe, apenas, julgar.<sup>993</sup> Imperativo conciliar-se os interesses da comunidade com a repressão e o também interesse comunitário de que o juiz sirva de maneira imparcial ao processo.<sup>994</sup>

Afinal, como já aduzido pela doutrina, a passividade judicial absoluta não se presta para as relações inerentes a um processo penal que tem consigo, de forma inerente, uma natureza pública.<sup>995</sup> E somente se pode falar em relação jurídica processual penal no modelo acusatório,<sup>996</sup> já que nele há o direito ao contraditório e o dever de julgar que unem arguido e juiz.<sup>997</sup>

Não lhe compete ameaçar o acusado com uma sentença condenatória, bem como não lhe cabe comentar a circunstância probatória já obtida. Da mesma forma, não lhe compete

---

<sup>989</sup> LANGER, 2010, p. 67.

<sup>990</sup> KOBOR, 2008, p. 102.

<sup>991</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1968, p. 7-8.

<sup>992</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1968, p. 9.

<sup>993</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1968, p. 15.

<sup>994</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1968, p. 33.

<sup>995</sup> CORREIA, 1956, p. 13.

<sup>996</sup> CORREIA, 1956, p. 35.

<sup>997</sup> CORREIA, 1956, p. 38.

blefar, como é possível aos sujeitos processuais responsáveis pela acusação e, principalmente, pelo exercício da defesa – pelo que não pode funcionar em prol de uma ou de outra parte.<sup>998</sup>

Fica claro que a preservação do princípio do direito à jurisdição também serve como fator importante na regularização do sistema de negociação, pois há de ser assegurado o interesse das pessoas em buscar o Poder Judiciário para a solução dos conflitos de qualquer natureza, mesmo penal.<sup>999</sup> O que não se pode olvidar é que há forte movimentação para dar aos sujeitos processuais a possibilidade de, voluntariamente, contribuírem para a solução de tal conflito,<sup>1000</sup> e a participação dos juízes na negociação pode desequilibrar tal necessidade de equilíbrio e voluntariedade.

O processo deve sempre manter seu critério e ao juiz deve ser aferido um poder de atuação distinto dos demais, de forma a preservar o andamento do processo de eventuais abusos e deslealdades, notadamente para o desiderato de encontrar a verdade e de atuar como julgador correto da demanda penal, ainda que como uma forma de controle dos demais sujeitos processuais.<sup>1001</sup>

Ao juiz compete o ato de julgar. Assim, o Poder Judiciário deve fixar a pena de maneira mais condizente com a culpabilidade havida, apesar das possibilidades de redução pela colaboração. Deve possibilitar o conhecimento, pela defesa, do conteúdo da prova alcançada até aquele estágio processual e que originará o acordo que substituirá o restante da instrução (assegura-se, assim, uma maior efetividade defensiva). Por tudo isto, deve ser mantida a possibilidade recursal, especialmente pela defesa e, principalmente, a possibilidade de uma realização probatória, dentro do contraditório, conforme os termos do acordo,<sup>1002</sup> situação que fora já incorporada pelo ordenamento alemão.

Deve estar o juiz responsável pela avaliação da negociação frente às provas coletadas, com o fito de evitar a possibilidade de condenação de uma pessoa que não tenha responsabilidade pelo fato e o exercício coercitivo da função ministerial frente ao acusado, mantendo, pois, sua imparcialidade.<sup>1003</sup>

Para Nasheri,<sup>1004</sup> o juiz é a última etapa do acordo (e é, de fato e de direito). Para tanto, precisa, igualmente, realizar providências para verificar a fidedignidade e compreensão do acordo por parte do acusado (se foi ele voluntário e devidamente compreendido em toda a sua

<sup>998</sup> Na linha exposta por Alschuler (1976, p. 1124).

<sup>999</sup> FERNANDES, 2001, p. 269.

<sup>1000</sup> FERNANDES, 2001, p. 269.

<sup>1001</sup> MESQUITA, 2010, p. 40.

<sup>1002</sup> Na linha do que expõe Schünemann (2004, p. 190-192), que escreveu seu artigo antes da incorporação legislativa ocorrida no StPO sobre os acordos.

<sup>1003</sup> FROMMANN, 2009, p. 218-129.

<sup>1004</sup> NASHERI, 1998, p. 37.

extensão). Igualmente, compete a ele equilibrar os termos do acordo quando se mostrarem lenientes ou demasiadamente severos (apesar de que, em tendo havido concordância por parte dos adversários, mostram-se os termos mais próximos de um equilíbrio). Deve ao máximo, entretanto, ser preservada sua independência e isenção no exercício da jurisdição, especialmente se tiver de, depois, analisar a prova.

Há a necessidade de que o juiz seja convencido de que o acordo encontra base para seus termos, especialmente no que diz com a culpa, consoante se infere da forma estabelecida para os acordos em continente europeu.<sup>1005,1006</sup> Aqui, compartilha-se da opinião de Figueiredo Dias,<sup>1007</sup> para quem a busca pela verdade e a investigação oficial não podem ser suplantadas, pelo que os acordos nos moldes americanos (dotados de completa disponibilidade) não se mostram oportunos, tanto em prol da acusação como em prol da defesa.

Schünemann<sup>1008</sup> chama a atenção para o fato de que a prática alemã consiste na possibilidade de que o próprio juiz responsável pelo juízo oral apresente a proposta ao acusado e, caso não seja ela aceita, este mesmo juiz será responsável pela aplicação da sentença do processo (ou seja, ele ditaria o quanto poderia haver de benefício e de prejuízo ao acusado naquele caso concreto<sup>1009</sup>). Para ele, a proposta deve ser apresentada pelo Ministério Público ou por quem fosse o responsável pela acusação, com mediação judicial; porém, tal juiz jamais poderá ser o mesmo que venha a prolatar sentença em caso de necessidade de realização do *full trial* para aquele mesmo processo,<sup>1010</sup> na medida em que a confissão afasta a necessidade da fase de instrução por sua concordância com o que fora produzido até então.<sup>1011</sup>

Adere-se às críticas do autor germânico. E sua solução mostra-se por aquilo que foi feito pelos italianos – ou seja, afastou-se o juiz da fase negocial, na medida em que foi mantido apenas para a etapa sentencial.

Observe-se que se deve ter presente que a decisão, em processo penal, deve ter características essenciais, quais sejam, a de estar em condições de ser admitida como

<sup>1005</sup> THAMAN, 2010, p. 368-369.

<sup>1006</sup> Aliás, como assevera Turner (2006, p. 561), a efetiva verificação das bases fáticas pelo juízo serve como forma de controle quanto às eventuais distorções dos fatos e dos direitos, bem como da aplicação indevida das consequências previstas na sentença proposta.

<sup>1007</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 45.

<sup>1008</sup> SCHÜNEMANN, 2005, p. 108.

<sup>1009</sup> Schünemann (2013, p. 308, 321) define isso como uma “conversa de gato e rato” em que o último delibera sobre a melhor forma de sua morte e economiza o tempo que o primeiro gastaria na perseguição.

<sup>1010</sup> Schünemann (2005, p. 108), mesma ocasião em que pondera a possibilidade de maior participação do ofendido nos termos do acordo, com o fim de evitar-se que o acordo se transformasse em uma mera disposição, não uma apreciação adequada do fato criminoso.

<sup>1011</sup> Na medida em que cabe à defesa expressar a confiabilidade do que fora apurado, em tudo (SCHÜNEMANN, 2005, p. 107).

processualmente válida,<sup>1012</sup> e não ser ela arbitrária; ter fundamentação e controle, com a presença de elementos objetivos, afastada, portanto, de qualquer subjetivismo. Deve, também, ser ela juridicamente prática, que convença a todos de seus fundamentos.<sup>1013</sup>

Quer-se, com isso, evitar as limitações que são apresentadas, por exemplo, na organização americana, já que se sustenta que os *Federal Sentencing Guidelines* acabaram por restringir a atuação judicial na fixação de sentença decorrente de acordo entre as partes, por aumentar o âmbito da atuação do Ministério Público,<sup>1014</sup> dado que entregou a ele a possibilidade de escolher acusações, com forte influência, portanto, na *plea bargaining*.<sup>1015</sup>

Não se está a dizer, porém, que a independência judicial deve ser absoluta. Quando se afirma que o juiz deve objetivar a verdade, tal deve ser feita de forma a não suplantiar a atividade dos outros sujeitos processuais, justamente para evitar-se que as partes ocultem fatos ou provas, de maneira dispositiva, sobre uma matéria que afeta completo interesse público – o processo penal em si,<sup>1016</sup> sempre com a consideração de que deve estar restrita à discussão processual e às fontes de prova contidas no processo, de forma secundária à atividade das partes<sup>1017</sup> e dentro do âmbito do contraditório.<sup>1018</sup>

O objetivo é o de reforçar o sistema acusatório, motivo pelo qual o juiz está limitado aos termos da acusação proposta por órgão constitucionalmente legitimado para oferecê-la. Assim, cabe aqui sustentar que a forma mais adequada de solução para os casos em que o juízo entenda que os termos da negociação feita pela acusação não se encontram devidamente retratados nas provas é o de afastar os excessos (como ocorre no julgamento comum) ou, na hipótese de diminuição de seus termos formulados, o modelo aplicado pelo direito processual brasileiro, qual seja, o de remessa ao respectivo Procurador-Geral para apreciação. Caso ele mantenha os termos com diminuição de acusação, deve o juiz admitir a acusação tal como disposta.<sup>1019</sup>

---

<sup>1012</sup> FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 194.

<sup>1013</sup> FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 202-204.

<sup>1014</sup> WAN, 2007, p. 37.

<sup>1015</sup> Especialmente pela discrepância que pode surgir a partir das propostas ministeriais em casos semelhantes (WAN, 2007, p. 37-38).

<sup>1016</sup> ANDRADE, 2013, p. 229.

<sup>1017</sup> ANDRADE, 2013, p. 210.

<sup>1018</sup> ANDRADE, 2013, p. 139.

<sup>1019</sup> Analogia ao disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal brasileiro.

E, no que diz com a pena, ainda que tenha interesse em compensar determinada diminuição da acusação, somente poderá determiná-la obedecidos os critérios legalmente previstos para isto, como o método trifásico previsto no direito penal brasileiro, p. ex.<sup>1020</sup>

Aliás, sobre a questão da não participação do juiz nas negociações, cumpre observar que já houve importante análise pelo Poder Judiciário americano.

No caso levado a julgamento,<sup>1021</sup> foi considerado que o fato de o juiz estabelecer que a pena não ultrapassaria determinado período (especificamente, 10 anos), o que fez o acusado retirar sua alegação de ausência de culpa e aceitar a *guilty plea*, acabou por afetar as garantias constitucionais do acusado e o devido processo legal.

Isso porque a atuação judicial acabou por afetar a livre manifestação de vontade do acusado, que tem o direito de reverter sua consideração acerca da culpa, com a compreensão de que tal deve ser feita de forma livre. Além disto, considerou que a participação do juiz nos termos do acordo tornou desproporcional sua participação nele. Seu poder de coerção e de decisão é impositivamente superior ao do acusado, que somente tem à disposição seu interesse em escapar ou atenuar sua punição, e a manifestação judicial de que ele será condenado, pelo que deve aceitar o acordo, retira-lhe qualquer possibilidade de deliberação. Restou ferido seu papel de protetor da integridade do sistema judicial e violada foi a 14ª emenda americana estabelecadora do devido processo legal.

Na linha do julgado em comento, quer-se assim dizer que a possibilidade de igualdade de armas existe entre a acusação e a defesa,<sup>1022</sup> mas nunca entre esta e o juízo, motivo pelo qual o sistema deve admitir os acordos entre os primeiros e não estabelecer possibilidade de que ocorram entre o último e o acusado.

Compreende-se que a participação judicial no acordo, a despeito do que sustenta a prática jurisprudencial alemã e outros doutrinadores, é prejudicial ao bom andamento dos acordos, especialmente porque há um forte interesse do julgador em finalizar mais um processo, o que pode fazer com que haja a perda da imparcialidade.<sup>1023</sup> Ao juiz, deve ser

<sup>1020</sup> Conforme a conjunção do artigo 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais – pena base) com os artigos 61 e 65 (agravantes e atenuantes – pena provisória) e eventuais circunstâncias majorantes e minorantes previstas para aquela hipótese delitiva (como a tentativa – pena definitiva).

<sup>1021</sup> ESTADOS UNIDOS. United States District Court S. D. New York. United States v. Gilligan, N. 65 CIV. 2478, 1966, documento não paginado.

<sup>1022</sup> Nos dizeres de Wan (2007, p. 49), a Suprema Corte Americana tem reconhecido, frequentemente, que a forma como se estabeleceram as negociações dentro do sistema da *plea bargaining* confere considerável igualdade de armas no contexto.

<sup>1023</sup> NEVES, 2013, p. 62.

reservado o exercício de controle da legalidade da proposta e da aferição da vontade livre e inteligente na celebração do acordo, o que deve ser procedido no momento da confissão.<sup>1024</sup>

Seu dever de imparcialidade afasta-o da noção de acusador e de defensor. Deve ser indiferente ao resultado do processo e aos interesses conflitivos.<sup>1025</sup> Desta forma, a atuação judicial que se quer é justamente a oposta daquela que Maia Costa<sup>1026</sup> sugere que lhe resta nos consensos. Não se deseja um juiz que seja um mero homologador de acordos, pois o que se quer é a manutenção de seus poderes de decisão de maneira imparcial, pelo que não deve concordar com ele se não estiver convencido para tanto.

Deve-se manter o direito a um julgador imparcial (*right to an impartial judge*).<sup>1027,1028</sup>

Não compete ao julgador realizar uma indevida interferência na formulação do acordo, especialmente para que não exerça funções pertinentes ao Ministério Público.<sup>1029</sup>

Não se quer a passividade judicial da *common law*, mas também não se coaduna com o ativismo judicial alemão. Muito mais adequado mostra-se o modelo italiano, onde o acordo envolve as partes, e ao juiz cabe o controle não só da legalidade, mas da verdade processual, da base fática de seus termos e da efetividade da resposta a ser aplicada.

Com apoio em Costa Andrade:<sup>1030</sup>

“Para que não sobrem ilusões: só por *ignorantia elenchi* se pode aspirar a pôr de pé uma política criminal de *ressocialização* excluindo o Tribunal. É o juiz que identifica, assume e pondera os valores coenvolvidos na hora de decidir em nome ou em função da *ressocialização*; é ele que opera a superação dos conflitos e detém o domínio dos institutos de mais óbvia relevância *ressocializadora*: *escolha e medida da pena, suspensão da execução da pena de prisão*,

<sup>1024</sup> NEVES, 2013, p. 63.

<sup>1025</sup> CONDE CORREIA, 2009, p. 66-67.

<sup>1026</sup> MAIA COSTA, 2013, p. 94.

<sup>1027</sup> RAUXLOH, 2012, p. 49.

<sup>1028</sup> Pela pertinência dos fundamentos, cabe citar entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos expressado no julgamento do caso *Bell v. United Kingdom*. Na hipótese, entendeu não haver imparcialidade e independência no julgamento originário, na medida em que seu órgão julgador fez as funções de órgão de acusação e de juízo. Como se observa da leitura do acórdão, tratava-se de hipótese que envolvia normas militares, sendo que o Comandante, que detinha superioridade hierárquica sobre o réu, foi quem investigou e formulou o acordo de julgamento sumário pelo próprio Comandante. Pelo acordo e pelo julgamento feito pelo superior hierárquico, não houve submissão do caso à Corte Marcial e, ao invés dos dois anos de prisão previstos, foi aplicada uma pena de sete dias de prisão, sem recebimento de soldo pelo mesmo prazo. Entendeu a Corte Europeia ter havido violação ao artigo 6º, § 1º, da Convenção Europeia, pois a relação de subordinação entre eles afastava qualquer elemento de liberdade na manifestação que redundou no acordo e de imparcialidade de quem julgou, o que foi agravado pela desproporção da pena legalmente estabelecida e da proposta nos termos, apresentada com o firme propósito de forçar a aceitação (UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Fourth Section. Case Bell v. United Kingdom (application nº 41534/98), documento não paginado).

<sup>1029</sup> TURNER, 2006, p. 505.

<sup>1030</sup> COSTA ANDRADE, 2009, p. 217.



*trabalho a favor da comunidade, liberdade condicional, para só citar os mais expostos.”*

### 5.3.2 A atuação do Ministério Público

Para iniciar o tópico, vale a lapidar compreensão, exposta por Sousa Mendes,<sup>1031</sup> de que o Ministério Público é imparcial, já que seu interesse não está vinculado a diretamente agir; persegue um interesse de justiça, não um interesse próprio.

De ser salientado que o Ministério Público é imprescindível para a existência da estrutura acusatória (a ele, não ao juiz, está acometida a persecução do criminoso). Porém, esta existência acusatória não o torna interessado em condenações, mas sim em julgamentos condenatórios e/ou absolutórios dentro dos limites estabelecidos pelo direito e pelo processo penal.<sup>1032</sup>

E por estar-se diante de um sistema acusatório, é a ele que compete o início das negociações, como ocorre na Itália e nos Estados Unidos – a única função de controle pela via recursal, existente na Alemanha, é insuficiente para a preservação do sistema.

Aliás, até mesmo nos Estados Unidos, onde a negociação pode acontecer da forma mais ampla possível, o *prosecutor* tem a responsabilidade do *minister of justice*, não de um *advocate*,<sup>1033</sup> nos termos da *Rule 3.8(d) of the Model Rules of Professional Conduct*.

Afinal, também compete ao Ministério Público observar que o emprego de técnicas indevidas de atuação, que fujam de seu dever funcional, pode levar acusados a aceitarem penas e acusações sem que haja a devida correspondência probatória ou, até mesmo, sem que haja a própria correspondência com os episódios em si, dada a coerção que pode ser imposta ao arguido ilegitimamente.<sup>1034</sup> Da mesma forma, não lhe compete oferecer grandes benefícios processuais com o fito de evitar-se uma absolvição por não dispor de elementos probatórios suficientes para a superação da dúvida.<sup>1035</sup>

É possível afirmar, assim, que a incumbência ministerial vai além das habituais condizentes com a formação da acusação; deve ele também zelar em obter os informes necessários para que a pena represente a devida responsabilidade, mesmo que disponha de

<sup>1031</sup> SOUSA MENDES, 2009, p. 179.

<sup>1032</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1968, p. 15.

<sup>1033</sup> HASHIMOTO, 2008, p. 957-958.

<sup>1034</sup> TURNER, 2006, p. 506.

<sup>1035</sup> TURNER, 2006, p. 508.

elementos benéficos ao arguido, com o firme propósito de propiciar a aplicação do instituto de forma mais estável e eficaz.<sup>1036</sup>

A compreensão acima exposta traz um consectário lógico: deve o órgão de acusação apresentar, em tempo oportuno, os elementos probatórios conhecidos por ele ao acusado, ainda que possa negar ou mitigar a culpa dele.

Elucidativa é a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que decidiu pela necessidade, para fins de respeito ao artigo 6º, § 1º, da Convenção Europeia, de que os acusados tenham conhecimento prévio do conteúdo da acusação apresentada para que haja possibilidade de realização do devido contraditório por parte do acusado.<sup>1037,1038</sup>

Portanto, não há motivação suficiente para se considerar que o Ministério Público esteja em situação superior na negociação. Os dois sujeitos estão bilateralmente voltados para o acordo, especificamente porque o acusado e seu defensor não podem procurar outra parte para a realização de seus termos, ao mesmo passo que o agente de acusação precisa negociar em cada caso para obtenção de cada resultado específico – para tanto, devem ser observados o conteúdo probatório de cada processo, os recursos disponíveis, os riscos, a disponibilidade da parte adversa para negociar, além, claro, da capacidade das partes para negociação.<sup>1039</sup>

Como bem se pode observar, há interesse do Ministério Público em manter os termos do acordo formulado. Feito o acordo, passa a atuar como uma espécie de defensor dos interesses do arguido, até porque os eventuais direitos renunciados serviam de controle de eventual abuso do Estado, e o Ministério Público objetiva demonstrar que tais abusos não existem no caso concreto.<sup>1040</sup> Igualmente, cabe ser dito que seu interesse em manter os acordos também está vinculado ao seu objetivo de conseguir a condenação não apenas naquele caso concreto, mas também de outros tantos quanto possíveis e de forma apropriada e igualitária,<sup>1041</sup> pelo que há interesse em preservar sua credibilidade.<sup>1042</sup>

Uma das formas de compreensão e de aplicação das negociações de sentença criminal tem sido a utilização de analogia às regras contratuais, tais como oferta e aceitação. Esta

<sup>1036</sup> Conforme se depreende do magistério de Fidalgo (2008, p. 299-300).

<sup>1037</sup> UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case Meftah and others v. France (application nºs 32911/96, 35237/97 and 34595/97), p. 21.

<sup>1038</sup> Importante observar que a Alemanha teve condenações contra si proferidas, emanadas da Corte Europeia de Direitos Humanos, pelo fato de não possibilitar o acesso aos autos à defesa, nos termos do artigo 147 do StPO. As condenações estavam baseadas no artigo 5º, nº 4, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (GLESS, 2011, p. 401).

<sup>1039</sup> SIGMAN, 1999, p. 1323-1324.

<sup>1040</sup> SIGMAN, 1999, p. 1330.

<sup>1041</sup> Já que uma das grandes motivações para a recusa judicial do acordo celebrado consiste na apresentação de uma sentença pactuada que se mostre inexpressiva demais frente ao fato típico (SIGMAN, 1999, p. 1332, 1334).

<sup>1042</sup> SIGMAN, 1999, p. 1331.

compreensão é de relevo porque a promessa feita pela acusação ao réu não pode ser alterada pelo fato de que houve modificação daquele que atuava como representante do Ministério Público (a ideia contratual serve de garantia para as duas partes envolvidas, bem como permite a flexibilização do sistema).<sup>1043</sup>

Com base nisto, a Suprema Corte americana, acostumada com o sistema de negociação de sentença desde longa data, já manifestou haver unidade entre os membros que integram *the staff of the prosecution*, pelo que deve ser presumido o conhecimento do acordo celebrado e devidamente registrado praticado por um de seus integrantes, especialmente quando o acusado entabulou o acordo em uma situação mais favorável a si.<sup>1044</sup>

Ainda, quando do julgamento do caso *Scoppola v. Italy*, a Corte Europeia, além de reconhecer que não há qualquer impedimento de que o acusado venha a não utilizar seus direitos nela previstos de forma livre, expressa e voluntariamente, expressou que as partes devem cumprir com os termos a que se propuseram, pela boa-fé, especialmente em prol do acusado. E é justamente esta boa-fé que traz forte dose de legitimidade ao direito processual do arguido que não foi utilizado para sua efetivação.<sup>1045</sup>

O interesse do órgão de acusação em demonstrar o acerto do acordo encontra amparo no fato de que o juiz não deve ter participação ativa na formatação dele, porque pode representar uma coação sobre o arguido (o que dificultaria a compreensão de voluntariedade e inteligência dele), da mesma forma como o último pode compreender que, na falta de acordos, não haveria um julgamento justo a seu favor (poderia entender que seria julgado culpado por “gastar o tempo” da Corte).<sup>1046</sup>

Mostra-se necessário o cumprimento de regras éticas por parte do Ministério Público, pois é dele que partem os informes iniciais que podem levar à realização dos acordos.<sup>1047</sup>

Como finalização do tópico, compartilha-se, obviamente, da compreensão exposta de que é incabível ao Ministério Público postular a *reformatio in pejus* na hipótese de uma sugestão de pena proposta não confirmada pelo arguido. Se houvesse a possibilidade de fixação de uma pena mais grave em situações como esta, haveria uma forma de coação descabida sobre o acusado, da mesma forma em que haveria um contrassenso lógico entre uma pena que seria suficiente para fins de acordo, mas insuficiente para fins de julgamento

<sup>1043</sup> NASHERI, 1998, p. 23-24.

<sup>1044</sup> ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971), documento não paginado.

<sup>1045</sup> UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case of *Scoppola v. Italy* (nº 2, application nº 10249/03), p. 35.

<sup>1046</sup> SIGMAN, 1999, p. 1336.

<sup>1047</sup> HASHIMOTO, 2008, p. 949.

convencional do mesmo fato. Somente haveria exceção a tal regra se surgissem provas realmente novas entre o acordo proposto e a prolação de sentença, em respeito ao princípio da verdade material, que justificassem o agravamento.<sup>1048</sup>

Não se olvide que o Ministério Público, ao propor a negociação de sentença criminal, age como um administrador (de tempo e de recursos), como um advogado (interessado em obtenção de resultados a partir da prova disponível) e, especialmente, como um juiz (ao equilibrar as evidências disponíveis com a culpabilidade do acusado e as circunstâncias do crime).<sup>1049</sup>

E como o tópico teve início com uma orientação da doutrina, seu fim também terá o mesmo formato. Válidas são as lições de Adérito Teixeira,<sup>1050</sup> no sentido de que o Ministério Público exerce a ação penal em face de um “poder funcional”, pelo qual a verdade que busca é uma verdade que guiará toda a relação processual penal, pelo que deve preocupar-se tanto no que diz com a responsabilidade quanto no que se refere com a não responsabilidade daquele que é investigado, potencial celebrante do acordo acerca da sentença penal.

### 5.3.3 Os princípios afetos à defesa

E, como não deveria deixar de ser, também é relevante fazer-se a apreciação sob a ótica daquele que sofre as principais consequências da persecução penal em geral, o réu.

Para tanto, apreciar-se-ão os dois principais primados defensivos (culpabilidade e ampla defesa) sob a ótica do cabimento das negociações de sentença criminal.

#### 5.3.3.1 O princípio da culpabilidade

Na linha do que expõe Cavaleiro de Ferreira,<sup>1051</sup> o arguido possui a condição de sujeito processual, na medida em que o processo resolve a culpa que lhe é atribuída.<sup>1052</sup>

<sup>1048</sup> ALBERGARIA; LIMA; NEVES, 2011, p. 118.

<sup>1049</sup> ALSCHULER, 1968, p. 52-53.

<sup>1050</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, 2006, p. 52.

<sup>1051</sup> CAVALEIRO DE FERREIRA, 1986, p. 162.

<sup>1052</sup> Como diz o Supremo Tribunal Federal brasileiro: “A presunção de não culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas corpus* nº 101.909-MG, documento não paginado).

Isso porque o ambiente criminal estabelece, de um lado, o interesse público social maculado pela prática do crime, o que demanda uma investigação que informe como o fato se deu e seu autor; e, de outra banda, a sociedade, que tem interesse na reorganização do convívio social através da adequada sanção, que também serve como prevenção geral.<sup>1053,1054</sup>

Ao ser analisada a questão da culpabilidade, ventila-se a principal crítica ao sistema em comento, porque poderia levar, por uma alegada coação imposta pelo Estado, ao reconhecimento de culpa por pessoas que são forçadas a tal, mesmo que inocentes. Além disto, critica-se a possibilidade de tratamentos diferenciados em casos concretos, como na hipótese de *overcharging* entre os que aceitam os acordos e aqueles que preferem a manutenção de seu direito de ser julgado perante o tribunal.<sup>1055</sup>

A sentença negociada, assim, refletiria uma barganha propriamente dita, não o resultado da observância das exigências processuais. Seria, pois, um juízo de *bought and sold*, dado que o sistema criminal mostrar-se-ia condescendente com determinadas práticas.<sup>1056</sup>

Tudo porque se afirma que a sentença daqueles acusados que não aceitam a proposta ou para quem não houve proposta é mais gravosa do que a dos aceitantes, na medida em que os juízes imporiam uma forma de coação para que os acusados aceitassem as propostas quando feitas, por aquilo que acaba por ser visto como uma punição por ter feito o Estado cumprir com suas funções.<sup>1057</sup>

Não se pode olvidar a existência de relevantes efeitos da negociação da sentença criminal:

- a) a possibilidade de extensão dos efeitos ao juízo cível;<sup>1058</sup>
- b) a possibilidade reduzida de retratação e de recurso após a homologação da negociação, que acaba centrada na hipótese de haver a demonstração de uma injustiça no caso concreto, na ocorrência de *bis in idem*, na prescrição, na quebra de igualdade na persecução, na inconstitucionalidade da norma incriminadora e na incapacidade para estar em juízo;<sup>1059</sup>

<sup>1053</sup> Na linha do que expõe Weigend (2008, p. 95).

<sup>1054</sup> Dentre os críticos, o interesse público somente estará salvaguardado se forem descobertas as circunstâncias do crime de forma oficial, bem como quando a punição dela deve ser realizada de forma oficial, já que a simples convenção entre as partes satisfaz o interesse delas, mas não significa refletir a consequência social decorrente do delito (WEIGEND, 2008, p. 95-96).

<sup>1055</sup> WAN, 2007, p. 40.

<sup>1056</sup> WAN, 2007, p. 41.

<sup>1057</sup> FEELEY, 1979b, p. 196-197.

<sup>1058</sup> ALBERGARIA, 2007, p. 20.

<sup>1059</sup> ALBERGARIA, 2007, p. 103-106.

- c) a possibilidade de desigualdade na aplicação da lei penal tanto entre aqueles que aceitam a proposta oferecida como em relação àqueles que são submetidos a julgamento convencional;<sup>1060</sup>
- d) nos casos de concurso de agentes,<sup>1061</sup> a possibilidade de uma aplicação de pena a menor em favor de quem coopera, na medida em que podem ser mais beneficiados aqueles que mais possuem conhecimento e controle da empreitada criminosa, em detrimento daqueles que pouco conhecem da engenharia do grupo e que, por não terem como auxiliar em maior escala, acabam por receber sanção maior,<sup>1062</sup> o que poderia violar a regra de que cada um deve ser punido na medida da exigência de sua retribuição, de forma proporcional à culpabilidade de cada agente.<sup>1063</sup>

Desde longa data, sabe-se que a culpabilidade é um ponto de relevo dentro da Ciência Criminal, tanto assim que *nullum crimen, nulla poena sine culpa*. Igualmente, por necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, a punição deve acontecer na medida da culpabilidade do agente e dos critérios de prevenção geral e especial.<sup>1064</sup>

Primeiramente, cumpre referir que até mesmo o processo convencional reconhece as possibilidades de punição além de uma determinada culpabilidade, já que são admitidas hipóteses de revisão criminal, conforme elencado em ponto sobre a verdade processual. E como já visto no corpo desse trabalho, a negociação de sentença pode ser recusada pelo juiz, não apenas quando observado que ela decorreu de falta de vontade livre, mas também quando ficar assentado que ela se deu sem a devida base fática que sustente o apresentado pelo Ministério Público.

Considere-se que a regra consiste na impossibilidade de subtrair do Poder Judiciário o exame e a instrução dos fatos apresentados, em vista dos princípios relacionados à investigação oficial e à busca da verdade, que tornam indisponível o objeto do processo no sistema da *civil law*.<sup>1065</sup>

Mas não apenas a investigação oficial deve ser referida.

<sup>1060</sup> ALBERGARIA, 2007, p. 121-122.

<sup>1061</sup> ALBERGARIA, 2007, p. 122-123.

<sup>1062</sup> Além da possibilidade de haver diferenciação por causa da raça, credo, etnia, religião e sexo (ALBERGARIA, 2007, p. 124).

<sup>1063</sup> Isto aconteceria em detrimento da teoria definida como *just deserts* (ou seja, agentes de crime que apresentem situações pessoais assemelhadas merecem ter apenamento dentro da mesma similitude) e da *modified just deserts* (necessidade de exame das possibilidade de reabilitação, prevenção geral, prevenção especial) (ALBERGARIA, 2007, p. 125-127).

<sup>1064</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 51-52.

<sup>1065</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 43-44, 47.

Em um sistema negocial, mostra-se necessário o cumprimento de regras éticas, por parte de quem faz a persecução, para que o réu e quem o patrocina naquela ocasião tenham a quantidade de informação suficiente para o melhor interesse do acusado.<sup>1066</sup> Assim, antes da realização do acordo, há de ser concedido o acesso ao material investigatório obtido, justamente para que não haja a possibilidade de assunção de culpa por alguém que não a apresenta em sua conduta.<sup>1067</sup>

O conhecimento prévio evita a ocorrência de eventual injustiça nos termos do acordo,<sup>1068</sup> como se destaca da conclusão que se chega a partir do que estabelece a *Rule 3.8(d) of the Model Rules of Professional Conduct* – este mesmo diploma estabelece que o *prosecutor* tem a responsabilidade do *minister of justice*, não de um *advocate*.<sup>1069,1070</sup> As possibilidades de acordo diminuem quando o defensor constata a fraqueza da prova da qual dispunha a acusação (*reasonable doubt*).<sup>1071</sup>

Isso porque há de ser discutida, sim, a presença da voluntariedade expressada no acordo quando não há divulgação da totalidade das provas em posse da acusação, especialmente quando se afere que o resultado seria diverso daquilo que fora pactuado se houvesse a demonstração.<sup>1072</sup> A exceção deve ser feita quando o conhecimento prévio das provas pelo acusado possa prejudicar a continuidade de uma investigação.

Tudo porque somente é possível sua observância a partir da existência de uma confissão válida, validade esta que deve ser devidamente controlada pelo juízo: necessita, portanto, ser livre (ausente de qualquer coação); credível, ou seja, mesmo que seja realizada de forma parcial, seu conteúdo deve ser adequado aos fatos apresentados na acusação e na prova coletada, com o que se cumpre com a obrigatoriedade de investigação e de busca de verdade. Na ausência de qualquer um desses característicos, o acordo deve ser invalidado. Há de ser apresentado que, ao final, o que prevalece é a livre convicção do órgão julgador, capaz

---

<sup>1066</sup> HASHIMOTO, 2008, p. 949.

<sup>1067</sup> HASHIMOTO, 2008, p. 950.

<sup>1068</sup> No contexto americano, tem-se observado que, em geral, apenas a acusação dispõe de informações suficientes acerca do alcance da prova já produzida, o que desequilibra a relação no momento da negociação, ainda mais que pode ter um contato anterior mais aprofundado com as testemunhas (HASHIMOTO, 2008, p. 951-952).

<sup>1069</sup> HASHIMOTO, 2008, p. 957-958.

<sup>1070</sup> Apesar disto, a Suprema Corte americana já manifestou não haver a obrigação de apresentação de todas as provas prévias (o que inclui as chamadas *exculpatory or impeachment information*) antes da formalização do acordo, pois isto somente é exigido para estabelecer-se a justiça do julgamento (*fairness of trial*) (HASHIMOTO, 2008, p. 954).

<sup>1071</sup> ROSSET; CRESSEY, 1976, p. 39-40.

<sup>1072</sup> HASHIMOTO, 2008, p. 955.

que é de superar os termos do acordo, o que permite a possibilidade de o julgador determinar a realização de novas diligências para sua confirmação.<sup>1073</sup>

Ou seja, a culpabilidade assumida deve ser devidamente verificada, tanto objetiva quanto subjetivamente.

Não compete ao juiz servir como mero mediador, porque o arguido é também sujeito processual, não objeto e definição material da causa. A sentença deve espelhar os princípios, regras e normas processuais, advindas do dever estatal de exame das circunstâncias do fato, do réu, da vítima, da culpabilidade, do montante de pena, que somente pode ser definida em sentença, nunca antes.<sup>1074</sup>

Assim, admite-se que a confissão seja considerada como uma forma de atenuação, o que somente pode ser afastado por circunstâncias excepcionais.<sup>1075</sup> Incabível falar em quebra do princípio da igualdade entre aqueles que estão sendo processados em circunstâncias assemelhadas. O que deve preponderar é o interesse na colaboração com a confirmação do Estado de Direito,<sup>1076,1077</sup> não em uma maior punição pelo exercício de direitos do arguido.<sup>1078</sup>

Outra crítica ao instituto está em dizer que se trata de uma situação em que o desacreditado acusado pensa estar a conseguir um excelente acordo entabulado entre acusação

---

<sup>1073</sup> Figueiredo Dias (2011, p. 45), pelo que se afasta a crítica atinente à questão da investigação oficial e da proteção contra a auto-incriminação. Na mesma obra e página: “[...] a liberdade de confissão só pode ser avaliada à luz da sua concretização ou ‘concreção’ e não pode por isso bastar-se com uma qualquer declaração sem conteúdo fático à luz da acusação ou pronúncia [...], sejam quais forem as vantagens que em matéria de celeridade e de economia processuais possam ser assacadas a um tal acordo [...]”. Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao dizer que, antes de fazer qualquer proposta de suspensão condicional do processo, deve o juiz ver a viabilidade acusatória, em vista da necessidade de preservação da não-culpabilidade: “Diante da formulação de proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, o denunciado tem o direito de aguardar a fase de recebimento da denúncia, para declarar se a aceita ou não. A suspensão condicional do processo, embora traga ínsita a ideia de benefício ao denunciado, que se vê afastado da ação penal mediante o cumprimento de certas condições, não deixa de representar constrangimento, caracterizado pela necessidade de submeter-se a condições que, viesse a ser exonerado da acusação, não lhe seriam impostas. Diante da apresentação da acusação pelo Parquet, a interpretação legal que melhor se coaduna com o princípio da presunção de inocência e a garantia da ampla defesa é a que permite ao denunciado decidir se aceita a proposta após o eventual decreto de recebimento da denúncia e do consequente reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da aptidão da peça acusatória e da existência de justa causa para a ação penal. Questão de ordem que se resolve no sentido de permitir a manifestação dos denunciados, quanto à proposta de suspensão condicional do processo, após o eventual recebimento da denúncia.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.898, documento não paginado).

<sup>1074</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 50-52.

<sup>1075</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 46-47.

<sup>1076</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 54-55.

<sup>1077</sup> Não se justifica atenuação quando, p. ex., a verificação do fato é já presente na prova coletada que independe da confissão do acusado (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 59).

<sup>1078</sup> Assim, a atenuação pela confissão justifica-se pela necessidade de uma pena reduzida naquele caso concreto, pelo que a proposta inicial de atenuação com montante fixado em lei não se justifica e não se mostra adequada como incentivadora do sistema, porque transforma o julgador em simples aplicador de fórmulas matemáticas sem observar o próprio princípio da culpa (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 59).



e defesa quando, em verdade, está ele a receber aquilo que deveria receber em virtude do fato, mas que fora manuseado para chegar àquele ponto.<sup>1079</sup>

Aqui, surge a questão atinente à *overcharging*,<sup>1080</sup> pela qual haveria a descrição de algum excesso acusatório para ser utilizado como forma de *blackmail*, ou seja, servir de catalisador para a aceitação do acordo que consiste na punição do crime que, de fato, o acusado praticara, com o abandono do excesso. Ela pode existir de forma horizontal, com a multiplicação do número de acusações contra o acusado; ou de forma vertical, quando há uma agraviação da figura penal praticada.<sup>1081</sup>

Porém, ela não prospera. A apresentação da acusação é fator relevante para a negociação a ser estabelecida. Contudo, há de ser observado que o órgão de acusação atua a partir da prova obtida. Há momento adequado para o oferecimento dela, pelo que ela deve ser feita de forma técnica, conforme a avaliação dos elementos técnicos, não por mera descrição (sem nunca esquecer que a acusação inicial não tem a obrigação de ser confirmada, com ou sem *overcharging*, pois, do contrário, desnecessária seria a jurisdição).<sup>1082,1083</sup>

A leniência da sentença em relação a eventuais padrões máximos de punição mostra-se consequência daquilo que é defensivamente desejado dentro dos valores processuais: a presença de hipóteses que autorizam a redução em prol do acusado.<sup>1084</sup> Nem todos os fatos apresentados na acusação são passíveis de demonstração em juízo, dada a necessidade de demonstração além de uma dúvida razoável. A legalidade somente autoriza a punição daquilo que pode e acaba por ser provado; apesar de haver mais divulgação dos piores exemplos de *plea bargaining*, o sistema de acordos é interessante porque “the usual sentence is for a

<sup>1079</sup> FEELEY, 1979b, p. 191-192.

<sup>1080</sup> Sustenta-se que a prática da *overcharging* tem efeito psicológico e econômico, com a certeza de que o primeiro é mais relevante, especialmente quando há a necessidade de leitura da acusação perante o júri. A questão econômica tem relação com o dispêndio de tempo necessário para a adequação da atividade do Poder Judiciário, do *prosecutor* e do defensor, custo este que o acusado, por vezes, não tem condição de suportar de forma a privilegiar a atuação do seu causídico, pelo que serve de forte incentivo para a aceitação da *plea bargaining*, porque o acusado vê-se interessado nela, bem como porque *prosecutor* e defensor podem manter preservados seus recursos, o que somente não aconteceria se existissem propostas absurdas, o que acabaria por funcionar de forma semelhante à atuação defensiva em apresentar pedidos desnecessários com o intuito de prolongar o feito (ALSCHULER, 1968, p. 104).

<sup>1081</sup> ALSCHULER, 1968, p. 85.

<sup>1082</sup> ALSCHULER, 1968, p. 86, 89.

<sup>1083</sup> Há manifestações de *prosecutors* no sentido de que a redução das acusações pode não produzir efeitos maiores na situação do acusado, especialmente porque o juiz, em sentença, pode fixar pena tão gravosa quanto à acusação inicial, especialmente quando o que se observa é a importância da sentença a ser imposta. A relevância da redução somente existe quando o poder de influência do *prosecutor* sobre a sentença é maior. De outra banda, há de ser considerado que há forte interesse do *prosecutor* que suas sugestões expostas no acordo sejam devidamente acatadas, justamente para que não se passe a impressão de que está a ser leniente (ALSCHULER, 1968, p. 97).

<sup>1084</sup> MCCOY, 1993, p. XIV.

particular offender who committed a particular type of crime under particular circumstances”<sup>1085,1086</sup>.

Novamente, volta-se ao acesso oportuno às informações obtidas pela acusação para que possa adentrar, adequadamente,<sup>1087</sup> na formação do acordo, sem que haja possibilidade de que a acusação avalie qual deve ser a prova a ser demonstrada (ressalvam-se situações que envolvam, por exemplo, a necessidade de proteção de testemunhas).<sup>1088</sup> O órgão estatal que conduz a investigação deve divulgar qualquer evidência que venha a beneficiar o acusado em tempo oportuno (mesmo que conduza a uma negativa de aceitação dos termos do acordo), ainda que não haja qualquer pedido defensivo.<sup>1089,1090</sup>

As informações devem ser reveladas (*disclosure*), inclusive no que diz com as provas quanto à irresponsabilidade do agente, até para que se afira a credibilidade de um testemunho contra o imputado, p. ex..<sup>1091</sup> O dever de informar encontra-se inerente ao contraditório, justamente como forma de emparelhar uma vantagem que possa ter o Ministério Público – tal dever de revelação é encargo do órgão de acusação, já que a defesa não tem a obrigação de revelar-se contra si.<sup>1092</sup>

De ser salientado que, no direito brasileiro, há a obrigatoriedade de demonstração à defesa daquilo que há coletado em investigação, como se lê da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal brasileiro.<sup>1093</sup>

<sup>1085</sup> MCCOY, 1993, p. XV.

<sup>1086</sup> Aliás: “The most important characteristic of good plea bargaining is that the attorneys and the judge have thoroughly investigated, analyzed and discussed the case. Only then can they know its facts, what is likely to be proven, what legal defenses may be plausible, and what a fair sentence would be [...]” (MCCOY, 1993, p. XVII). Em suma, há uma discussão entre *prosecutor* e defesa acerca da acusação existente contra determinada pessoa, cada um munido das informações que lhe foram alcançadas, com ou sem maiores investigações por cada parte. Caso este não aceite, o processo tem seu ordinário seguimento; caso aceite, há o reconhecimento da culpa e da responsabilidade, pelo que se passa para a fase de homologação do acordo (MCCOY, 1993, p. 51).

<sup>1087</sup> “Commentators have long argued that Brady disclosures prior to entry of a guilty plea would improve the reliability and accountability of the criminal justice process. Such disclosure helps to ensure the accuracy and voluntariness of the plea to an appropriate charge [...]” (YAROSHEFSKY, 2008, p. 31). Na linha do que diz o Supremo Tribunal Federal brasileiro: “Processo. Sigilo. Acesso das partes. Surgindo notícia, comprovada, de à parte não haver sido viabilizado o exame do processo, sob o argumento de correr em segredo de justiça, fato a configurar verdadeiro paradoxo, cumpre reconhecer a nulidade de julgamento realizado.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas corpus* nº 106.139-MG, documento não paginado).

<sup>1088</sup> Na linha do que assevera Yaroshefsky (2008, p. 29), pois a autora entende que essa é a principal reforma que deve acontecer na *plea bargaining* com o fito de evitar-se a punição de inocentes ou que a punição supere a culpa existente no caso concreto, o que força uma maior cuidado da acusação na sua atividade.

<sup>1089</sup> YAROSHEFSKY, 2008, p. 29.

<sup>1090</sup> A citada autora informa que treze estados americanos demandam que haja a divulgação das evidências favoráveis ainda que não haja solicitação defensiva (YAROSHEFSKY, 2008, p. 30).

<sup>1091</sup> Turner (2006, p. 532) informa que, por força do § 147 do StPO, o sistema processual germânico exige a completa divulgação das provas que dispõe, em todo e qualquer estágio de investigação.

<sup>1092</sup> AMBOS, 2008, p. 84-85.

<sup>1093</sup> “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

O grande objetivo de tal revelação é o de salvaguardar o próprio sistema, na medida em que a acusação não pode ser pressionada, unicamente, pela rapidez na resposta, ao mesmo passo em que, como já dito, assegura formas de transparência e de controle (*accountability*), pois exigirá o devido cumprimento da determinação de investigação adequada dos fatos que são/serão apresentados ao juízo.<sup>1094</sup> Isto fará com que haja tratamento igualitário a todo o acusado, aceitante ou não dos acordos, pois evita-se a produção de maiores direitos em prol de uma e em detrimento de outra parte, com a existência de ônus a serem observados por todos os envolvidos – ainda que se reconheça a presença de desigualdades, que são atenuadas, p. ex., com a concepção do *in dubio pro reo* e do *favor rei*.<sup>1095</sup>

Observe-se, entretanto, que o princípio do *in dubio pro reo* não impede o reconhecimento explícito, consciente e voluntário da responsabilização por parte do acusado e do seu defensor.<sup>1096</sup>

Aliás, a confissão é tema reconhecido em ordenamentos jurídicos como causa de justificação de atenuação de penas, como se observa dentro do ordenamento jurídico brasileiro (conforme a alínea “d” do inciso III do artigo 65 do Código Penal), por exemplo. Ou seja, não se trata de novidade a conclusão de que a confissão possa levar à negociação de sentença e à consequência particular de que venha a originar uma sentença mais abrandada em relação aos demais.

A confissão deve ser relevante no caso em julgamento, da mesma forma como outras circunstâncias atenuantes que podem ser utilizadas, ainda que posteriores ao fato, o que faz considerar que a pena justa pode ser inferior à culpa que deveria ser suportada – a confissão retrata a reconciliação entre o arguido, a ordem jurídica e a necessidade de prevenção especial.<sup>1097</sup>

Ainda, de ser considerado que o comportamento voluntário em prol da colaboração, por parte do acusado, justifica, em qualquer ordenamento jurídico, o tratamento diferenciado em relação aos demais réus, e isto não macula a existência do instituto – o processo penal deve ser voltado ao reconhecimento da igualdade de forma, não pode, jamais, ser instrumento de igualdade material<sup>1098</sup> (sem considerar a possibilidade de que, ao final, pode ser o beneficiado pela negociação julgado em condições mais gravosas do que aquele que se submeteu à integralidade do processo).

---

<sup>1094</sup> YAROSHEFSKY, 2008, p. 33.

<sup>1095</sup> FERNANDES, 2012, p. 56-57.

<sup>1096</sup> FERNANDES, 2001, p. 271.

<sup>1097</sup> MOURA, 2012, p. 10.

<sup>1098</sup> FERNANDES, 2001, p. 271-272.

E tal ocorre porque a exposição processual, com o relato da vítima, das testemunhas, bem reflete as circunstâncias dos fatos e suas consequências, em profundidade maior do que aquela que é estabelecida no momento do acordo (em prol da acusação e em prol da defesa, diga-se, o que pode levar a uma atenuação frente àqueles que optaram pelos acordos), sem contar as condições dos acusados que mentem perante o juízo.

Isso tudo porque vale a compreensão de que a verdade não pode ser obtida de forma a sacrificar interesses processuais e das partes, bem como o consenso não pode ser absoluto, de maneira que afronte a própria justiça.<sup>1099</sup>

Há indicações doutrinárias que informam que, de acordo com pesquisas realizadas junto à Suprema Corte do Distrito de Columbia, não há maiores diferenças entre as sentenças aplicadas após o *full trial* e as sentenças atribuídas a partir dos acordos celebrados em casos assemelhados. Conclui-se que as diferenças existentes decorrem de características específicas de cada caso (réu, vítima, consequências, circunstâncias do fato, extensão do dano à propriedade ou das lesões às pessoas, número de acusações, dentre outras<sup>1100</sup>).<sup>1101</sup>

Ou seja, *guilty pleas*, no contexto americano, confere equilíbrio ao sistema organizacional e, igualmente, apresenta-se como realizador de interesses do acusado, pelo que prevalece a ideia de que realiza uma útil operação da justiça criminal.<sup>1102</sup>

Cabe pontuar que tais críticas são aplicáveis ao julgamento ordinário (*full trial*), sempre com a lembrança de que não há como aferir que todo o juízo de condenação seja infalível – basta lembrar das revisões criminais.

Há que ser considerado que dois fatos criminosos não apresentam as mesmas peculiaridades, nem mesmo os réus. Portanto, a existência de critérios dentro do sistema penal é imprescindível para fins de obtenção de equilíbrio entre a conduta criminal havida e o conjunto de regras estabelecido pela sociedade. Existe, conseqüentemente ponderação com a aplicação da regra de que todos são igualmente tratados perante a lei, bem como com a regra de que cada indivíduo deve ser tratado conforme seu merecimento.<sup>1103</sup>

<sup>1099</sup> RODRIGUES, 1996, p. 534.

<sup>1100</sup> Por exemplo, a disposição física influencia nas hipóteses de condenação, a prisão em flagrante ou pouco tempo após o fato aumenta a probabilidade de condenação; a presença das testemunhas para declaração em juízo e a presença de evidências que corroborem a versão acusatória também é importante. O importante é que não haja discricionariedade (RHODES, 1978, p. 44).

<sup>1101</sup> Rhodes (1978, p. 43) também explicita que, de acordo com pesquisas realizadas, foi observado que os *prosecutors* não apresentam vantagens significantes nas hipóteses de *plea bargaining* que envolvam as condutas de *assault*, *larceny*, *burglary*, bem como os juízes também não adotaram qualquer leniência quando da sentença, constatação diferente das hipóteses de condenação por *robbery*, pelo que, neste caso, se torna vantajosa a ocorrência de acordo. As diferenças nas quantidades de condenação também se mostraram pequenas.

<sup>1102</sup> RHODES, 1978, p. 49.

<sup>1103</sup> ROSSET; CRESSEY, 1976, p. 37-38.

Outra situação que poderia reforçar a crítica quanto à assunção de uma falsa culpabilidade é a decorrente das prisões preventivas (*prior to trial*), que resultam como forte elemento de convencimento da acusação para que os réus venham a aceitar os acordos, o que leva à redução do número de julgamentos.<sup>1104</sup> Haveria uma certa coação ao acusado para que venha a aceitar a proposta de negociação que lhe for apresentada, pois:<sup>1105</sup>

- a) o acordo pode envolver uma punição que não envolva a continuidade da detenção;
- b) pode não haver interesse em permanecer longo tempo sem ser sentenciado;
- c) pode receber a imediata ordem de soltura;
- d) pode representar a modificação de estabelecimento para cumprimento de pena mais facilitada, bem como já pode implicar no início de seu cumprimento para fins de obtenção de benefícios legais.

Além de o acordo poder representar a imediata liberdade, convenhamos, são eles fenômenos que também ocorrem no julgamento ordinário onde não houver um sistema constituído de negociação de sentença criminal, já que a prisão preventiva pode servir de estímulo para confissões que busquem um mote para obtenção da soltura – ademais, somente pode haver referido tipo de prisão quando já existir uma demonstração sumária de culpabilidade contra o arguido/investigado.

Não se nega que a força da negociação da sentença criminal é maior quando o acusado está provisoriamente preso. Entretanto, não se olvide que a prisão é uma situação juridicamente aceita e judicialmente determinada, o que não pode servir de impeditivo ao instituto, já que nunca haverá um acordo imune às influências externas, mesmo processuais. E isto pode mesmo ocorrer nos casos em que o acusado entende-se pessoalmente como inocente.<sup>1106</sup>

A propósito, por essas situações de entendimento pessoal de inocência é que se justifica a maior e mais relevante participação da defesa técnica.<sup>1107</sup> Isto porque o acusado pode estar prejudicado por uma compreensão da culpabilidade (que também acontece em situações de julgamento integral) que pode ser definida como “ancoragem”,<sup>1108</sup> que consiste em apoiar-se ou avaliar sua situação com base em outros eventos processuais. Isto porque traz

<sup>1104</sup> KELLOUG; WORTLEY, 2002, p. 187.

<sup>1105</sup> KELLOUG; WORTLEY, 2002, p. 190.

<sup>1106</sup> KELLOUG; WORTLEY, 2002, p. 199.

<sup>1107</sup> Como já diz a doutrina: “[...] A good defense attorney could educate the defendant about the trial odds and the likely sentence upon a guilty plea or conviction. And where the prosecution attempts to pressure the defendant into a guilty plea despite weak evidence of guilt, the defense attorney could counter with an informed analysis of the strengths of the case [...]” (TURNER, 2006, p. 512).

<sup>1108</sup> Bibas (2004, p. 2515), que usa o termo *anchoring*.

o fenômeno alguns problemas:<sup>1109</sup> o primeiro, de que a seleção do paradigma é feita de forma preconcebida, ou seja, por critérios outros e diversos da proximidade com o processo no qual o arguido está envolvido; o segundo, porque a “ancoragem” aponta para determinadas aleatoriedades que fogem do controle das partes no processo específico, pelo que não há como prever o resultado e pode impedir a correta compreensão do resultado final; e porque, por fim, há uma supervalorização das similitudes, mas um desprezo das diferenças, ponto onde pode haver o prejuízo ao arguido (de ser ponderado que a “ancoragem” pode produzir efeitos em qualquer forma de resolução de processos).

Eis a essencialidade da participação dos defensores. Eles são dotados de conhecimento técnico (dado que, por trabalharem com mais frequência dentro do sistema judiciário, já enfrentaram questões assemelhadas em um maior número de vezes, o que reforça suas habilidades, seus conhecimentos e suas percepções)<sup>1110</sup> para modificar a compreensão e os erros de avaliação de parte dos arguidos, também porque há alternativas dentro do sistema para obtenção de melhores resultados,<sup>1111</sup> a partir das evidências e dos argumentos contra ele.<sup>1112</sup>

Nunca é demais lembrar que, no caso *Bell v. The United Kingdom*,<sup>1113</sup> foi decidido, pela mesma Corte, que a ausência de representação legal em prol do acusado (leigo) durante seu julgamento sumário acordado caracterizara violação aos termos da Convenção antes expostos.

Tudo isto para que não haja prejuízo ao direito de defesa. A manifestação do defensor em prol do acordo não pode demonstrar a diminuição de seu interesse e de seu afinho na promoção da defesa do acusado. Sua função é de defender os interesses de seu cliente, não de administrar processos.<sup>1114</sup>

Do que deflui que o acusado necessita ter a devida consciência quando está a aceitar o acordo quanto à sentença, pelo simples fato de que, ao assim declarar, estará ele reconhecendo sua responsabilidade, sua culpabilidade e, principalmente, as consequências deste fato, motivo pelo qual referida consciência deve estar devidamente demonstrada ao juízo quando de sua expressão.<sup>1115</sup> O juízo e a defesa devem apresentar a melhor explicação possível do processo,

---

<sup>1109</sup> BIBAS, 2004, p. 2515-2516.

<sup>1110</sup> BIBAS, 2004, p. 2534.

<sup>1111</sup> BIBAS, 2004, p. 2522-2523.

<sup>1112</sup> BIBAS, 2004, p. 2524-2525.

<sup>1113</sup> UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Fourth Section. Case *Bell v. United Kingdom* (application nº 41534/98), documento não paginado.

<sup>1114</sup> RAUXLOH, 2012, p. 50-51.

<sup>1115</sup> ROSSET; CRESSEY, 1976, p. 26.

pois se trata de um ambiente técnico.<sup>1116,1117</sup> O propósito é evitar a autoinculpação falsa ou de alguém que não tenha responsabilidade alguma na prática delitiva, dado o forte impacto que a decisão terá na vida do indivíduo, mas também para que o acusado possa determinar o que for melhor para sua vida.<sup>1118</sup>

Aliás, nas relações entre defensor e arguido, importante considerar que, quando do julgamento *Hermi v. Italy*, a Corte Europeia de Direitos Humanos reiterou que não existe qualquer proibição, dentro do contexto da Convenção Europeia, de que o acusado não utilize seus direitos processualmente garantidos, em livre manifestação de sua vontade expressa ou tácita.<sup>1119</sup> E afirmou que não compete ao Estado ser responsável por esclarecer a integralidade do procedimento e dos direitos a serem manejados pelo acusado, na medida em que isto é função da defesa que o acompanha.<sup>1120</sup>

Vale aqui afirmar que a noção da prevalência da dúvida em favor do réu não se encontra prejudicada no âmbito dos acordos. Isto porque a regra da dúvida exige que sejam esgotados os meios de prova<sup>1121</sup> legalmente admissíveis para que ela seja vencida; entretanto, ao haver a conformação do arguido quando do acordo, sua manifestação de vontade estabelece o esgotamento de todos os meios, vencendo, pois, os limites estabelecidos pela dúvida.<sup>1122</sup> Porém, esta vontade deve estar protegida pela *reformatio in pejus*, salvo na hipótese de serem conhecidas novas circunstâncias ainda na fase de conhecimento que impeçam a homologação naqueles termos – já que o processo não se constitui meio de vingança – inclusive com a legitimação para que o arguido desista dele. Ainda, deve estar fundada na possibilidade de que a defesa possa valorar o conteúdo das provas produzidas até aquele estágio e aferir se são suficientes para uma renúncia voluntária da instrução.<sup>1123</sup>

<sup>1116</sup> ROSSET; CRESSEY, 1976, p. 27.

<sup>1117</sup> Isto também é válido para a consciência efetiva da forma como se dará o cumprimento da pena estabelecida, respeitada a complexidade do feito e o nível intelectual do acusado, sob pena de invalidação do acordo. É a compreensão da *harmless error doctrine*, (CABEZUDO RODRÍGUEZ, 1996, p. 121).

<sup>1118</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, 1996, 117.

<sup>1119</sup> UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case *Hermi v. Italy* (application nº 18114/02), p. 20.

<sup>1120</sup> UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case *Hermi v. Italy* (application nº 18114/02), p. 24-25.

<sup>1121</sup> Os meios de prova cumprem com uma função precípua, qual seja, a de demonstrar a verdade dos fatos alegados em juízo, verdade esta que tem de estar limitada às possibilidades de admissão (CALHEIROS, 2008, p. 80). Entretanto, há de ser considerado que mesmo a prova passa por exames de cunho subjetivo, como no uso do senso comum e da experiência, sem contar na desconfiança que, por vezes, existe em relação a metodologias que refogem ao mundo legal (CALHEIROS, 2008, p. 83).

<sup>1122</sup> SCHÜNEMANN, 2005, p. 100.

<sup>1123</sup> SCHÜNEMANN, 2005, p. 107-108.

Dois fatores são considerados quando da apreciação de um caso: a força e a gravidade dele.<sup>1124</sup> A partir daí, são feitas análises acerca da possibilidade de condenação e de absolvição do acusado, bem como do *quantum* a ser aplicado em sentença. A força do caso é analisada a partir das provas coletadas e do comportamento do tribunal, enquanto que a seriedade vem do exame da natureza do fato, dos registros do acusado, as circunstâncias nas quais ele aconteceu, as condições da vítima, dentre outras.<sup>1125</sup>

O fator preponderante no exame da viabilidade do acordo é o caso que o Estado dispõe para apresentar ao Poder Judiciário (inclusive, pesquisas demonstram que 85% dos representantes do Ministério Público americano apresentavam esta razão como a mais relevante para o acordo).<sup>1126</sup> A capacidade probatória à disposição da acusação vem como grande fator de relevância para a proposta dos acordos.<sup>1127</sup>

Não se desconhece uma padronização dos acordos, mas também há de ser considerado que fatores influenciam na definição da punição ao final, que podem decorrer do local onde o fato aconteceu, da compreensão filosófico-jurídico-política das pessoas que participam da negociação e da rotina diária da corte, bem como de questões previstas dentro dos limites mínimos e máximos estabelecidos pela lei.<sup>1128</sup>

A propósito, sempre importante lembrar que a pena deve trabalhar com o caráter geral preventivo, ou seja, buscar a reafirmação da norma violada, mas também com a mensagem negativa geral, no que diz com a desnecessidade de punição desproporcional (juntamente com as funções retributivas e reparadoras).<sup>1129</sup>

É compreendido que um maior número de casos é definido pelo acordo porque, dentre outras, há uma forma de rápida resolução deles, assim como se observa a existência de

---

<sup>1124</sup> MATHER, 1979, p. 140.

<sup>1125</sup> O fator preponderante que foi observado para fins de acordo estava relacionado com a seriedade do fato e as condições que ensejavam uma punição mais gravosa. Quando havia forte probabilidade de que o acusado fosse condenado à pena de prisão, p. ex., o defensor buscava a realização de acordos com o *prosecutor*, especialmente com o intuito de obter uma sentença mais leniente, inclusive com a pretensão de evitar o encarceramento. Nestas condições, as vantagens propostas pelo *prosecutor* diminuía consideravelmente, o que aumentava a possibilidade de que ocorresse o julgamento, porque, para o acusado, o julgamento poderia significar a chance de absolvição, por menor que fosse a possibilidade de sua ocorrência. Em casos de menor impacto quanto sua seriedade, as chances de divergência quanto ao acordo tinham expressiva diminuição, seja porque a punição deles seria mais atenuada ao natural, caso houvesse o julgamento integral, seja porque o acordo apresentaria uma solução mais rápida e eficaz para a situação do acusado (MATHER, 1979, p. 142).

<sup>1126</sup> ALSCHULER, 1968, p. 59-60.

<sup>1127</sup> Os *prosecutors*, quando questionados sobre o que os leva a realizar os acordos, também justificam a utilização com o acúmulo de processos (tida como uma das mais básicas explicações, mas que varia conforme as exigências que o processo demanda, como seu possível tempo de tramitação) e a insegurança quanto à possibilidade de condenação. Entretanto, apresenta que há uma presente negação da intenção de agir como um perfil de legislador, que consistiria numa atuação como forma de compensar a gravidade das sanções que são impostas (ALSCHULER, 1968, p. 53-55).

<sup>1128</sup> MCCOY, 1993, p. 55.

<sup>1129</sup> GALAIN PALERMO, 2005, p. 187.



remorso pela prática do crime. Mas a razão que mais influencia a preferência defensiva é a perspectiva de receber um tratamento mais condescendente por parte do Tribunal em comparação com o que seria determinado caso houvesse a opção pelo julgamento.<sup>1130</sup> Não se trata, porém, de estímulo à leniência em favor do réu, nem de coação para que haja frequentes declarações de culpa, dada a compreensão de que a sentença é justa para aquele caso concreto, e as punições mais gravosas dos fatos que são levados a julgamento são consequência daquilo que as provas acabam por demonstrar e da maior gravidade que formam em relação aos demais. A eficiência está na compreensão de todos de que o caso não necessita maior demanda processual para a obtenção do resultado já apresentado no acordo, ou seja, é uma oportunidade que aquele caso concreto determina (o volume de processos é apenas um fator nesta engrenagem).<sup>1131</sup>

Afinal, há trabalho com leis, não com dados econômicos.<sup>1132,1133</sup>

É certo que há críticas sobre as possíveis sentenças a serem impostas.<sup>1134</sup> Porém, a negociação de sentença criminal é uma das poucas maneiras de atenuação de uma legislação penal de drásticos efeitos. Além de serem considerados fatores já informados no presente texto, também há de ser ponderado que, muitas vezes, o abrandamento é existente nos julgamentos tradicionais, justamente porque legalmente permitido, não por haver uma intenção maior ou menor de prejudicar vítimas e expor testemunhas, p. ex. Há a necessidade de uma maior explicação acerca do instituto, pois, ainda que haja uma pequena compreensão do público, ela pode auxiliar a afastar as principais críticas aqui apontadas.<sup>1135</sup>

Entende-se que a vítima possa desejar, eventualmente, vingança e uma sentença mais gravosa contra aquele que cometeu o delito contra si, pelo que a tensão entre os interesses profissionais e os interesses particulares sempre existirá. Porém, há de ser compreendido que

<sup>1130</sup> MCCOY, 1993, p. 56-57.

<sup>1131</sup> MCCOY, 1993, p. 57-59.

<sup>1132</sup> MCCOY, 1993, p. 57.

<sup>1133</sup> Aliás, diz a autora: "Court professionals heatedly denounce this interpretation. First, they believe that plea bargaining achieves substantive collective justice, not individualized leniency. Second, they are aware of the law and bounded by it as they exercise discretion in plea negotiations. The law, not economics, is their profession. Finally, though they do engage in plea behavior that could be interpreted as driven primarily by efficiency, they do not bargain so as to clear crowded courtrooms. They do so in order to conclude cases with a minimum of wasted effort." (MCCOY, 1993, p. 57).

<sup>1134</sup> Por exemplo, no sentido de que o resultado das negociações de sentença criminais somente seria adequado se refletisse a verdadeira seriedade do crime, com a devida imposição das medidas de prevenção ao caso concreto – o acordo que satisfaça os sujeitos processuais não implicaria no reconhecimento do acerto da medida e a ocorrência de uma justiça para aquele julgamento (WEIGEND, 2008, p. 94-95 - por todos). Entretanto, que se diga que já foi visto que, quando do tópico acerca da verdade processual, que o processo se contenta com o julgamento que legitime uma punição ou uma absolvição, sendo que a severidade de eventual sanção decorrerá muito mais daquilo que for trazido ao feito do que, necessariamente, do reflexo da ocorrência fática em sua essência.

<sup>1135</sup> MCCOY, 1993, p. 66-69.

o delito já fora cometido, sendo impossível restaurar o *status quo*, uma vez que o processo não tem condições de assegurar resultados, dada a necessidade de respeito às formas que ele impõe.<sup>1136</sup>

Outra questão apresentada diz com a disparidade que, por vezes, acontece entre aqueles que agem em concurso de agentes: alguns se submetem aos termos do acordo, com uma sentença mais abrandada do que aqueles que não o aceitam e se destinam ao resultado final do julgamento integral, o que seria uma penalização pelo uso dos direitos constitucionalmente estabelecidos.<sup>1137</sup> Entretanto, isto se explica pelo simples fato de que o julgamento integral admite o conhecimento de todas as circunstâncias do crime e do agente (sem contar com a possibilidade reversa, qual seja, de que a amplitude de conhecimento possa fazer o julgamento integral resultar em uma sentença mais abrandada do que aquela acordada). Ainda, pode ser adicionada outra causa, qual seja, a de possível ocorrência de perjúrio pelo acusado durante sua defesa (onde há tal previsão).<sup>1138</sup>

Para finalizar, dois pontos devem ser observados:<sup>1139</sup>

- a) a questão da leniência decorrente da negociação não se mostra devidamente clara, pois nada impede que tal possa acontecer em sede de sentença em processo ordinário; e
- b) não se tem como contabilizar as situações em que pessoas inocentes foram condenadas em processos convencionais e em acordos, pois tais dados não são conhecidos, especialmente porque tais circunstâncias extremas (culpados e inocentes) não são claramente definidas, como uma simples dicotomia, dentro do mundo fático – há pontos intermediários que devem ser observados, que são melhores resolvidos em termos negociados do que em processos de tudo ou nada.

De tudo, há de ser considerado que o acusado não pode estar engessado no exercício de seus direitos, a partir de seu interesse maior, que pode ser refletido no reconhecimento da culpabilidade. Afinal, a aceitação do acordo acerca da sentença penal traz uma individualização mais próxima da sua punição, que também será mais célere, notadamente porque já admitiu ser responsável por ela.<sup>1140</sup>

<sup>1136</sup> MCCOY, 1993, p. 191.

<sup>1137</sup> LAFAVE; ISRAEL, 1992, p. 901-902.

<sup>1138</sup> LaFave e Israel (1992, p. 901-902), que também consideram a possibilidade de que a divergência aconteça por força de regras estabelecidas pelo próprio sistema processual.

<sup>1139</sup> LAFAVE; ISRAEL, 1992, p. 900-903.

<sup>1140</sup> RODRÍGUEZ GARCIA, 1996, p. 83-84.

Assim, a culpabilidade também se preserva nas negociações de sentença criminal, talvez até mais do que no processo comum, pois ela será modulada com a participação daquele que melhor conhece seu limite e alcance: o arguido. Afinal, “É óbvio que o arguido é o melhor juiz da proporcionalidade da medida que o afecta [...]”.<sup>1141</sup>

### 5.3.3.2 O princípio da ampla defesa

Evidentemente, para desenvolvimento do tópico, principia-se com a noção de que todo o acusado deve ser efetivamente assistido por defensor durante o acordo, que não se limita à mera indicação,<sup>1142</sup> independentemente do modelo adotado. Compreende alguns pressupostos, tais como o direito de ser ouvido, o contraditório, o direito de ser informado sobre a acusação, a assistência de um advogado, o emprego de meios de prova que forem pertinentes, o direito de não declarar contra si próprio, a presunção de inocência, dentre outros.<sup>1143</sup>

Além da tradição ocidental de proteção contra a autoincriminação, pode-se citar o direito de julgamento por um júízo competente para a causa, seja ele composto pelo júri ou por juiz togado, além da possibilidade de confrontar as provas apresentadas pela acusação e de apresentar testemunhas favoráveis ao acusado.<sup>1144</sup>

Para os críticos, pois, não se admitiria a possibilidade de o Estado exigir a desistência destes direitos como forma de obtenção de benefícios, sob pena de criação de uma restrição inadmissível ao exercício de tais direitos, além das ameaças de consequências mais gravosas quanto à acusação, ao apenamento e outras consequências legais.<sup>1145</sup>

<sup>1141</sup> CONDE CORREIA, 2009, p. 76.

<sup>1142</sup> No sistema americano, admite-se a renúncia do defensor pelo acusado, desde que se assegure de que o réu apresenta o devido entendimento para tal decisão, bem como seja ele advertido das consequências dela, a partir do pressuposto de que a manifestação do réu deve ser sempre voluntária, conforme sua capacidade de estar em júízo - Albergaria (2007, p. 76), embasado na *Rule 11(c)(1)(2)* das *Federal Rules of Criminal Procedure*.

<sup>1143</sup> BUTRÓN BALIÑA, 1998, p. 197-198.

<sup>1144</sup> Como exemplo, e pelo rol, a Convenção Americana de Direitos Humanos: “Artigo 8º - Garantias judiciais [...]. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.” Ou, então, conforme o artigo 61º do Código de Processo Penal português.

<sup>1145</sup> WAN, 2007, p. 48.

O princípio em pauta autoriza a utilização de vários instrumentos legalmente permitidos para a defesa, dada a consideração de insuficiência do acusado frente aos órgãos de acusação que representam o Estado, desde a fase investigativa até as recursais.<sup>1146</sup> Ele forma um direito de cunho público (o Estado não está autorizado a processar alguém sem a presença de um defensor), autônomo e abstrato (pois seu exercício não depende do resultado frente às teses acusatórias).<sup>1147</sup>

Os direitos processuais relativos ao direito à defesa por advogado (*right to a counsel*), a um juiz imparcial (*right to an impartial judge*) e o direito de estar livre de uma confissão forçada (*right to be free from coerced confession*) são de extrema relevância para os processos.<sup>1148</sup>

Por exemplo, na sexta emenda à Constituição americana, consta o direito de confrontação (*right of confrontation*), ou seja, o acusado pode contraditar, questionar e examinar (*cross-examine*) as testemunhas que forem apresentadas contra si, com o objetivo de participar da busca pela verdade a ser analisada no processo, especialmente para que eventual quebra de compromisso ou desqualificação dela venha a ser sopesada quando do julgamento. Tal direito é de tamanha relevância que qualquer hipótese de *plea bargaining* é inadmissível se o acusado não for advertido de tal direito. Como consequência do direito antes exposto, está implícita a consequência de que o acusado tem o direito de estar presente ao seu julgamento, em todos os seus estágios.<sup>1149</sup>

Dela também se extrai o direito ao *compulsory process* e ao *criminal trial*, especialmente com o objetivo de que possa o acusado demonstrar provas em prol de sua tese, não havendo a possibilidade de serem aceitas apenas as versões acusatórias produzidas em fase meramente investigativa.<sup>1150</sup>

No tópico, também, há a questão atinente ao não exercício do direito aos recursos como condição para perfectibilização do acordo, como já apresentado no sistema alemão, p. ex. Deve-se ter presente que a eventual subtração de exame pelo duplo grau de jurisdição pode fomentar um cumprimento indevido do dever de investigação acerca da viabilidade e credibilidade da confissão e os reflexos quanto à culpabilidade e à pena. A eventual exigência de renúncia afronta o Estado Democrático de Direito.<sup>1151,1152</sup>

---

<sup>1146</sup> VALE, 2009, p. 275.

<sup>1147</sup> VALE, 2009, p. 276.

<sup>1148</sup> Freedman (1989, p. 5), apoiado em decisões da Suprema Corte americana.

<sup>1149</sup> FREEDMAN, 1989, p. 10.

<sup>1150</sup> FREEDMAN, 1989, p. 17-18.

<sup>1151</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 96-97.

Fator de relevância também está apontado na necessidade de que seja voluntária a aceitação, o que não ocorre em casos de ameaças ou promessas estranhas ao acordo em si.<sup>1153</sup>

Está-se a pregar o próprio exercício de um direito por parte do acusado,<sup>1154</sup> mesmo que não haja a aplicação do modelo de conflito, na medida em que acaba por apresentar uma aproximação com as necessidades de legitimação. Para tanto, necessita da previsão legal, além do controle judicial e, obviamente, da adequada aquiescência do acusado, que sempre terá mantidas as garantias jurídicas se assim desejar.<sup>1155</sup> O consenso é uma defesa do arguido.<sup>1156</sup> De se dizer que o princípio do *in dubio pro reo* demonstra que o processo penal decide sobre uma determinada tese acusatória, que traz consigo uma suspeita, apresentada a partir das indicações probatórias, e que admite sua não comprovação.<sup>1157</sup> Assim, nada obsta que a verdade processualmente válida advenha de um consenso que se passe no interior de um processo.<sup>1158</sup>

Há um importante valor na realização da negociação da sentença criminal.<sup>1159</sup> Deve sua realização ser procedida com respeito ao princípio democrático da publicidade, que não exige seja sua realização sempre existente com a presença de espectadores, mas que as portas da sala onde ela acontece estejam abertas para a recepção de interessados em visualizar sua ocorrência. Isto satisfaz, de plano, dois interesses básicos: o primeiro, de se ajustar às exigências emocionais e educacionais que estão presentes nas pretensões de vítimas, testemunhas e acusados; o segundo, porque possibilita a *accountability* e, por consequência, a visualização do respeito às regras de devido processo legal.<sup>1160</sup>

O princípio da publicidade é previsto em diversos diplomas constitucionais,<sup>1161</sup> bem como em documentos internacionais.<sup>1162</sup> Para adequação a tais exigências, é imprescindível

<sup>1152</sup> No sistema português, a confissão pressupõe provados os fatos nela constantes (Código de Processo Penal português, artigo 344, nº 2, a). Assim, o recurso somente poderia versar sobre os fatores que podem afetar a validade da confissão, bem como no que diz com as questões relativas às qualificações jurídicas aplicadas e às sanções, dentro daquilo que possa ter escapado aos limites máximos e mínimos estabelecidos no acordo (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 96).

<sup>1153</sup> ROSS, 2010, p. 110.

<sup>1154</sup> Afinal, mais do que buscar proteger o acusado por institutos formais, há de se considerar que é ele o melhor defensor de seus principais interesses (FERNANDES, 2001, p. 266).

<sup>1155</sup> FERNANDES, 2001, p. 140-141.

<sup>1156</sup> FERNANDES, 2001, p. 216.

<sup>1157</sup> FERNANDES, 2001, p. 395-396.

<sup>1158</sup> FERNANDES, 2001, p. 567.

<sup>1159</sup> Além da consideração natural de que os direitos fundamentais servem para a proteção individual e social, dado os fins que a sociedade quer proteger (FERNANDES, 2001, p. 561).

<sup>1160</sup> MCCOY, 1993, p. 188-189.

<sup>1161</sup> Constituição da República Portuguesa, artigo 206; Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 37, e artigo 93, inciso IX – relativo ao Poder Judiciário, p. ex.

<sup>1162</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 10º; Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 6º.

que o acordo seja retratado nos registros judiciais, ainda que não se considere ilegítima qualquer negociação realizada fora do ambiente da sala de audiências. O que se exige é que o próprio Poder Judiciário não torne oculto os termos do acordo e, principalmente, seus fundamentos motivadores, pois, somente assim, haverá a possibilidade de controle pelas partes (inclusive da lealdade entre elas) e pelos graus superiores de jurisdição<sup>1163</sup> - o que assegura a perpetuação e a proteção do direito de defesa.

Ainda, deve ser informado pela necessidade da publicidade inerente às atividades processuais e aos agentes públicos que nele atuam, com o firme propósito de ser garantida a fiscalização pela defesa, ressalvadas, obviamente, hipóteses de proteção de interesses relevantes que assim exigirem.<sup>1164</sup>

Outro ponto a ser analisado diz com a necessidade de comunicação prévia do conteúdo das provas à disposição do responsável pela acusação, já que há a noção de que as provas (por sua qualidade) é que determinam a necessidade e a possibilidade de realização da negociação (até mesmo os registros judiciais do acusado).<sup>1165</sup>

Por isso, exige-se a presença de uma “base fática” que sustente a acusação apresentada com o critério assente de que referida base remete a um crime com, no mínimo, a mesma gravidade daquele que o réu dispõe-se a admitir,<sup>1166</sup> como debatido no tópico anterior do trabalho.

Sempre com a consideração de que a participação defensiva não pode ser de tal monta a ponto de que possa impedir o andamento da investigação necessária, inclusive onde haja a previsão do juízo de instrução, na medida em que a investigação não pode prescindir de tomadas de provas sigilosas ou em atividades específicas que demandem a necessidade de conhecimento por aquele que investiga para seu êxito – o interesse do arguido, muitas vezes, é o de que a verdade não seja adequadamente produzida, pelo que sua participação na investigação não representaria uma virtude, mas pode ser um obstáculo a mais (sem contar que a participação nas investigações pode prejudicar a compreensão da presunção de inocência).<sup>1167</sup>

<sup>1163</sup> Figueiredo Dias (2011, p. 71-73), que fundamenta sua opinião no artigo 362 do Código de Processo Penal Português.

<sup>1164</sup> Como escândalos, inconvenientes graves, proteção de testemunhas, intimidade, dentre outros. É o que se lê, por exemplo, do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal brasileira, bem como do artigo 792 do Código de Processo Penal do Brasil (FERNANDES, 2012, p. 76-77). Ademais, o artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil assegura o acesso dos advogados aos autos do inquérito, o que também originou a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal brasileiro, já referida no trabalho.

<sup>1165</sup> MCCOY, 1993, p. 143.

<sup>1166</sup> Como consta em Albergaria (2007, p. 86-87).

<sup>1167</sup> Como se extrai de Schünemann (2004, p. 192-193).

Portanto, sua participação deve dar-se sempre de forma a não prejudicar o esclarecimento da suspeita, na medida em que o que se deve assegurar é que tenha a defesa acesso aos resultados investigativos, para que possa tê-los como justos, sem estar submetida a pressões externas daquele que conduz a investigação, de modo que o consenso decorrente não seja visto como resultado de uma imposição coativa, mas um resultado aceito como reflexo da justiça a ser aplicada àquele caso concreto pela coletividade.<sup>1168,1169</sup>

Como se pode pensar, o agente de acusação acaba por controlar a oferta final, motivo pelo qual deve investigar de forma adequada e/ou divulgar as provas favoráveis à defesa para que exista uma investigação igualitária pelo acusado.<sup>1170</sup> Exige profissionalismo na sua realização, pois necessita capacidade investigativa, argumentação acerca das provas, conhecimento e manejo dos textos legais e entendimento da atividade judiciária. Exige, na mesma linha, ética na atuação dos profissionais, especialmente para fins de persecução dos interesses que são defendidos (do advogado, de seu cliente; do órgão de acusação, da sociedade e do Estado, muito mais do que da própria vítima; do juiz, também na proteção do interesse público, mas também na proteção dos poderes constituídos, o que também é feito com a participação do *prosecutor*).<sup>1171</sup>

Para tanto, como pontua a doutrina, os acusados necessitam conhecer as informações essenciais para realização de escolhas, para repasse de informações que serão adequadamente conhecidas e observadas e, ao fim, ter influência sobre os termos do acordo e de sua aceitação<sup>1172</sup> - e, especialmente, se sua defesa consistirá em realizar o acordo.

Tudo isso informado pela compreensão de que a ampla defesa guarda forte relação com o contraditório,<sup>1173</sup> que deve nortear as relações entre acusação e defesa, de forma que

<sup>1168</sup> SCHÜNEMANN, 2004, p. 193.

<sup>1169</sup> Para obtenção de tais desideratos, no que tange ao exercício da defesa, Schünemann (2004, p. 194-196) sugere (a) a filmagem de todos os testemunhos prestados, pois representa maior fidedignidade da prova; (b) a possibilidade de que a defesa possa solicitar a oitiva de determinada testemunha ouvida anteriormente, sob controle judicial para evitar abusos e retardos injustificados do procedimento, para fins de aferição da prova produzida; e (c) uma redução limitada da pena imposta em razão do acordo, de forma que ela represente punição pelo fato e a consideração pela colaboração prestada pelo acusado, de maneira que seja socialmente aceite e também não represente uma coação imposta ao arguido para aceitação do pacto.

<sup>1170</sup> ZACHARIAS, 1998, p. 1152.

<sup>1171</sup> MCCOY, 1993, p. 185.

<sup>1172</sup> De acordo com Zacharias (1998, p. 1152-1153).

<sup>1173</sup> Em rápidas linhas, pode-se dizer que o contraditório consiste na possibilidade de conhecimento das opiniões, argumentos e conclusões formulados por uma parte pela outra; a condição de poder manifestar suas razões e seus fundamentos fáticos e jurídicos; a possibilidade de produzir suas provas e de conhecer as da parte contrária; a possibilidade de promover o processo e de controlá-lo no seu desenvolvimento (FERNANDES, 2001, p. 280).

seja efetivamente realizada a possibilidade de que a parte adversa venha a contrariar (ou não, conforme o direito que deseje exercer) os argumentos expostos pela outra.<sup>1174</sup>

Observe-se que o sistema apresenta vantagens relacionadas ao equilíbrio a partir da culpa do acusado, bem como autoriza o mesmo equilíbrio entre esta culpa, os casos/acusados semelhantes e os efeitos mais rígidos da legislação, sempre com a presença controladora do réu e de seu defensor (na medida em que os acusados, não apenas os acusadores, podem recusar acordos que não reflitam o que se buscaria nos julgamentos).<sup>1175</sup>

Noutras palavras, pode-se dizer que o contraditório, elemento integrante da compreensão de defesa, pode ser relativizado, na medida do confronto entre ele e o resultado prático que se pode obter com a tutela jurisdicional. Exemplo mais tradicional de tal relativização é, justamente, o consenso nos termos da sentença criminal, já que o processo criminal tornar-se-á uma homologação dele, sem que isto caracterize qualquer cerceamento de direito das partes envolvidas.<sup>1176,1177</sup>

Isso tudo porque, ao final, a aceitação representa a especial vantagem ao acusado de não ter, contra si, a fixação de uma sentença em grau máximo, dado que são, em tese, formadas por uma avaliação que seja condizente com a realidade, não como resultado de coação.<sup>1178,1179</sup> Ademais, eventuais falhas defensivas na busca de informação em prol do acusado ou eventuais falhas nas escolhas em prol deles podem (porque não se dizer, devem)

---

<sup>1174</sup> Fernandes (2012, p. 69), em consideração ao que determina a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, inciso LV, no sentido de que: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.” Aliás: [...] O processo, pela sua própria natureza, exige partes em posições opostas, uma delas necessariamente em posição de defesa, e para que, no seu desenvolvimento, seja garantida a correta aplicação da justiça, impõe-se que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. São, assim, a defesa e o contraditório, como também a ação, manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro.” (FERNANDES, 2012, p. 255).

<sup>1175</sup> Em tal sentido, Zacharias (1998, p. 1139-1140).

<sup>1176</sup> ANDRADE, 2013, p. 146-147.

<sup>1177</sup> Outros exemplos de ocorrência de relativização do chamado contraditório podem ser vistos, como na hipótese brasileira de juízo de admissão da acusação antes da manifestação defensiva (Código de Processo Penal, artigo 396); a preclusão; a necessidade de retirada do acusado da sala de audiências quando da oitiva de testemunhas, para preservação da integridade do depoimento; e as decisões cautelares. Por estas ocorrências, juntamente com a negociação em si, o contraditório se mostra como um elemento variável do sistema acusatório, e isto não macula o processo em si (ANDRADE, 2013, p. 147).

<sup>1178</sup> A partir do que se encontra exposto em Zacharias (1998, p. 1172).

<sup>1179</sup> Precisam, pois, ser feitos conforme o fato e o acusado apresentados, com uma atuação positiva dos sujeitos processuais no sentido de serem obtidos os melhores resultados como se fossem realizados com o julgamento, sempre com a ressalva de que o agente de acusação deve primar pela ausência de persecução quando não houver prova que a isto justifique (ZACHARIAS, 1998, p. 1151). Ademais, sempre se espera a existência de uma correta relação entre o acusado e seu defensor, sendo que ela somente pode ser desconsiderada se houver uma espécie de “preguiça”, quando houver fatores externos a prejudicarem tal relação ou, enfim, se o próprio Estado impedir que a defesa realize seu mister - na esteira do que expõe (ZACHARIAS, 1998, p. 1172).



ser corrigidas pelo responsável pela acusação, na medida em que sua proposta deve ser sempre apresentada como se houvesse um acusado excelentemente representado em juízo.<sup>1180</sup>

A chamada presunção de inocência e a possibilidade de escolha do defensor são consequências do ideário do Estado de Direito.<sup>1181</sup> Assim, não pode haver conformação do processo em seu desrespeito. Como se observa dos regramentos em geral, não se conhece desrespeito a tais circunstâncias, o que foi reconhecido, no caso germânico, já que adequadamente previstos no direito objetivo.<sup>1182</sup>

Não se trata, aqui, de falar de violação contra a autoincriminação,<sup>1183</sup> como previsto, por exemplo, na *Fifth Amendment* da Constituição americana,<sup>1184</sup> que significa poder evitar respostas incriminatórias às questões feitas, ainda que quando na condição de testemunha, como explica a doutrina. Na medida em que a restrição diz respeito com a impossibilidade de ser compelido a tanto, percebe-se que declarar contra si é um exercício inerente à sua própria vontade, o que é constitucionalmente garantido, com possibilidade de ser a declaração revertida a seu favor, e integra o conceito do devido processo legal (que assegura a possibilidade do acusado ser ouvido).<sup>1185</sup>

Necessário considerar que os arguidos sabidamente culpados têm adequada compreensão da prova existente contra si, pelo que têm a devida noção dos resultados dos processos. Ainda assim, o dever de informação é imprescindível. De ser observado que, em sistemas como o brasileiro, a prova coletada na fase investigativa deve ser disponibilizada à defesa tão logo ocorra a citação processual (isto como limite máximo, já que ela pode obter acesso desde o início da investigação, como no caso da súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal brasileiro).

E já aqui cabe considerar que uma das fortes críticas apresentadas à aplicação da negociação de sentença não é exclusiva dela, pois pode acontecer mesmo no julgamento ordinário. Ela diz respeito ao fato de que, em um contexto ideal, os defensores deveriam ser escolhidos conforme sua real capacidade para o enfrentamento da questão criminal posta, o que não se vê, p. ex., nas hipóteses de arguidos indigentes ou de poucos recursos (ou, então,

<sup>1180</sup> ZACHARIAS, 1998, p. 1174.

<sup>1181</sup> ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado.

<sup>1182</sup> ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado.

<sup>1183</sup> Protegida, por exemplo, no StPO, § 136, nº 1, que reflete a consideração acerca da dignidade da pessoa humana no sistema germânico, e que compreende uma proteção individual de que ninguém pode, direta ou indiretamente, ser coagido a prestar informação que poderia possibilitar a perseguição contra o acusado (WEIGEND; GHANAYIM, 2011, p. 207, 209).

<sup>1184</sup> E em outras tantas constituições, servindo a americana como mero exemplo.

<sup>1185</sup> LAFAVE; ISRAEL, 1992, p. 1031-1032.

como ocorre nas hipóteses em que haja indicações errôneas acerca da capacidade do defensor).<sup>1186</sup> Inobstante, como já dito, não há o mínimo impedimento de que tal vício aconteça, também, no âmbito do julgamento ordinário, como a própria experiência processual penal demonstra.

A propósito, veja-se o reconhecimento de existência de desigualdade defensiva no âmbito português,<sup>1187</sup> por diversas razões possíveis.<sup>1188</sup> Ora, ao ser reconhecida tal situação, está-se a falar de uma chaga que atinge qualquer tipo de procedimento penal, pois, repise-se, Portugal não dispõe de um sistema de negociação de sentença criminal formalmente aceito. Assim, a crítica apresentada é uma crítica já para o atual sistema, razão pela qual não pode ela própria ser utilizada para barrar a ideia de negociação, na medida em que o *full trial* não é suficiente para afastar seus efeitos deletérios contra o acusado.

Além disso, outros fatores de ordem psicológica também podem influenciar o julgamento e a celebração de acordos, de forma que, ao final, os arguidos não sejam beneficiados como deveriam, em um ou outro caso. Por exemplo, é possível citar a questão relacionada com o excesso de confiança do acusado, de seu defensor, ou de ambos, da mesma forma que o otimismo dali gerado e o pré-julgamento que disto decorre.<sup>1189</sup> Isto porque eles fazem pensar que o julgamento ou o acordo devem ser melhores do que aquilo que se mostra, a partir da interpretação que fazem da prova produzida, o que leva à compreensão de que a versão do outro sujeito processual seja vista como injusta ou errônea<sup>1190,1191</sup> – e, como dito, tal não é privilégio dos acordos (arguidos que não comparecem aos processos, deixam de apresentar provas em seu favor, ou preferem o silêncio processual ao invés de demonstrarem suas versões).

Some-se a isso a circunstância de que o direito à ampla defesa é dúplice, ou seja, compreende a defesa de cunho pessoal e a de cunho técnico, e, entre elas, inexiste qualquer forma de subordinação. No trato, a defesa pessoal pode ser renunciada,<sup>1192</sup> ou seja, o arguido

---

<sup>1186</sup> BIBAS, 2004, p. 2495-2496.

<sup>1187</sup> MAIA COSTA, 2013, p. 95.

<sup>1188</sup> Inclusive, Maia Costa (2013, p. 95) afirma que somente haveria igualdade entre acusação e defesa em situações como as que envolveram Dominique Strauss-Kahn que, por seu poderio econômico, teve condições de contratar os melhores advogados possíveis para a defesa de sua causa.

<sup>1189</sup> BIBAS, 2004, p. 2499.

<sup>1190</sup> BIBAS, 2004, p. 2498-2499.

<sup>1191</sup> Aqui, também calha compreender a questão relativa à negação acerca da própria responsabilidade, que pode afetar as avaliações, na medida em que acusados em geral possuem dificuldade em reconhecer a culpa, dado que ela representa um evento de dor e de depressão, o que também afeta qualquer resultado, seja em acordo, seja em *full trial*, pelo que se utilizam de falsas desculpas como forma de fugir delas (BIBAS, 2004, p. 2502-2503).

<sup>1192</sup> “[...] Ao réu é assegurado o exercício da autodefesa consistente em ser interrogado pelo juízo ou em invocar direito ao silêncio, bem como de poder acompanhar os atos da instrução criminal, além de apresentar ao respectivo advogado a sua versão dos fatos para que este elabore as teses defensivas. Ao acusado, contudo, não é

pode deixar de comparecer às audiências e demais atos processuais, pelo que se decreta a revelia,<sup>1193</sup> bem como pode calar em juízo, o que também potencializa as ponderações anteriores.

Ou seja, inexistente processo ideal ou hermeticamente livre de prejuízos ao acusado.

Como indica a doutrina,<sup>1194</sup> para que haja sucesso nas medidas de consenso, há a necessidade de que haja uma própria mudança cultural daqueles que atuam no processo, inclusive de acusados e seus defensores. Isto porque há uma alternativa nova que surge também em prol deles, o que exige uma extrema lealdade e uma premente orientação para evitarem-se falsas esperanças, tanto no que diz com as questões do acordo, como no que diz com as questões atinentes ao processo e as chances que lhe são possíveis.

Do exposto, nesse contexto, o que se evidencia é que a aceitação do acordo sobre a sentença consiste em uma parcela do exercício do direito de defesa, na medida em que é concedido ao arguido o direito de não utilizar aos demais atos processuais consequentes, já que pode não consistir um interesse dele em rebater os termos da acusação ou de produzir provas em seu favor.<sup>1195,1196</sup>

É o que sustenta a jurisprudência da Corte Constitucional italiana.<sup>1197</sup>

Qualquer que seja a situação relativa à defesa nas hipóteses de acordo, ainda prevalece a noção de presunção de inocência, principal vetor a ser considerado, já que esta é irrevogável. Assim, se o juízo não se convencer dos termos do acordo frente ao estabelecido pela prova coletada, tal deve preponderar e ser beneficiado o acusado.<sup>1198</sup>

dado apresentar sua própria defesa, quando não possuir capacidade postulatória.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas corpus* nº 102.019-PB, documento não paginado).

<sup>1193</sup> No Brasil, a revelia encontra-se no Código de Processo Penal, artigo 367. Quando tal acontece, por ausência injustificada do arguido aos atos processuais, ele perde o direito de ser comunicado do andamento processual.

<sup>1194</sup> FERNANDES, 2001, p. 213.

<sup>1195</sup> BUTRÓN BALIÑA, 1998, p. 197-198.

<sup>1196</sup> E, diz: “[...] esos derechos no se van a ver de entrada afectados por el hecho de que el acusado manifieste su conformidad con la pretensión punitiva de la acusación, puesto que no es posible equipararla con las simples declaraciones que formule el acusado en respuesta a las preguntas que le fuesen realizadas, y que no pasarían de constituir un medio de prueba más que debería valorar el órgano jurisdiccional a la hora de dictar, llegado el final del proceso, la correspondiente sentencia.” (BUTRÓN BALIÑA, 1998, p. 205).

<sup>1197</sup> “Del resto, occorre anche guardarsi dal pericolo di confondere il diritto di libertà e quello di difesa con l'obbligo assoluto di esercitarli. La legge fondamentale garantisce le condizioni affinché il diritto di libertà personale e quello di difesa possano essere esercitati in tutte le loro legittime facoltà, ma ciò non autorizza a configurare quell'esercizio come obbligatorio.” (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. Sentenza nº 313/1990, p. 8).

<sup>1198</sup> ITÁLIA. Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. Sentenza nº 313/1990, p. 8.

Por certo, somente a confissão adequada à base fática coletada pode surgir como fundamento de um acordo sobre a sentença criminal, já que sua ausência pressupõe a ocorrência da continuidade da apuração dos fatos.<sup>1199,1200</sup>

O importante é que seja refletido, em um acordo, o critério de justiça objetiva, qual seja, a de que o acusado seja advertido das consequências de sua declaração com o prazo necessário para que possa compreendê-las; de outro lado, a justiça também deve ser alcançada no aspecto subjetivo, consistente no reconhecimento interno do arguido da necessidade de sua reabilitação, a partir de um critério reconhecido de igualdade.<sup>1201</sup>

O objetivo dos sujeitos processuais não se confunde com o confronto, mas com a realização de uma decisão que defina o direito em causa. O processo limita e desmistifica as relações de confronto que existem quando ele inicia, justamente com o fito de que tal decisão seja legitimada e aceita ao final, já que a decisão é inevitável e tende a desagradar algum dos integrantes da mesma relação processual.<sup>1202</sup>

Em suma, relevante que exista a confissão da prática do crime pelo arguido,<sup>1203</sup> de maneira livre e que se apresente com credibilidade junto ao Poder Judiciário,<sup>1204</sup> com a preservação do princípio do *nemo tenetur*, já que este último engloba o direito ao silêncio, o respeito pela dignidade humana, a liberdade de expressão e a liberdade de decisão.<sup>1205</sup>

Como não se trata de um confronto, por lealdade entre os sujeitos processuais, necessária a proibição de prova dos elementos do processo negocial na hipótese de o acordo fracassar. A intervenção de todos os agentes não afasta a circunstância de que as declarações prestadas pelo acusado quando da negociação que acabou não concretizada não podem ser simplesmente utilizadas contra o acusado, na medida em que ausente o requisito da voluntariedade que caracteriza a confissão, pois elas somente surgiram em face da negociação entabulada.<sup>1206,1207</sup>

<sup>1199</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 47.

<sup>1200</sup> Por oportuno: “De resto, acentua-se, conversações entre o ministério público e o arguido fazem já hoje parte da nossa prática judiciária e não teria qualquer sentido e fundamento, bem ao contrário, proibi-las. [...] Do que se trata é pois só de reconhecer o bom fundamento de uma prática consensual e cooperativa, de a incentivar e de a levar muito mais longe em nome de um princípio de favorecimento do processo também aqui plenamente aplicável.” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 102).

<sup>1201</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, 1996, p. 115.

<sup>1202</sup> VALE, 2009, p. 48-49.

<sup>1203</sup> Indicações que constam em Portugal. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 224/06.7GAVZL.C1.S1, p. 26-29, feitas que foram a partir da obra de Figueiredo Dias (2011, p. 44) e da jurisprudência estabelecida pelos tribunais alemães, mesmo antes da regulamentação legal hoje lá vigente sobre o tema.

<sup>1204</sup> MOURA, 2012, p. 8.

<sup>1205</sup> ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado.

<sup>1206</sup> LAFAVE; ISRAEL, 1992, p. 921.

Há sempre de ser adotada a cautela necessária para proteger-se os interesses do arguido na hipótese de não ter havido a aceitação final do acordo, na medida em que seus termos devem ser tidos como prova de cunho proibido, da mesma forma aqueles que lhe forem consequentes e decorrentes.<sup>1208</sup>

Deve-se fazer a negociação com o defensor do acusado, com o fito de evitar-se alegação futura de constrangimento se feita diretamente com o último, salvo quando não constituído, com a ressalva de que a coação existe quando forem feitas falsas promessas, falsas afirmações e deturpações com o fito de iludir o arguido, na linha exposta por Douglas.<sup>1209</sup> A eventual ameaça de cumprimento de uma sentença mais gravosa, dentro das punições previstas pela lei para aquele crime em concreto, não caracteriza coação a ponto de invalidar o acordo, justamente porque é uma consequência lícita contra aquela conduta.<sup>1210</sup> Entretanto, exigir a renúncia a direitos do acusado como condição para que haja a proposta de acordo caracteriza, aí sim, a coerção.<sup>1211</sup>

Com o instituto em causa, o acusado encontra-se na situação ou de recusar o benefício de atenuação da punição ou de dispor de seus direitos processuais, especialmente contra a autoincriminação, como faz quando reconhece a acusação. Isto exige que a decisão do acusado seja por ele realizada de forma que expresse seu conhecimento e sua inteligência quanto aos seus termos, a partir das alternativas que teria e a compreensão de seus direitos.<sup>1212</sup>

E, ainda, que se trate eventual negociação com a imagem da traição, não se pode esquecer a forma como o indivíduo prefere realizar sua defesa não pode ser considerada como uma violação de direitos alheios, mormente de direitos que levem à ocultação, vantagem ou impunidade de um crime. O sistema penal visa à repressão do crime, e o Estado pode escolher os meios para tanto, inclusive através de algum prêmio. Se o prêmio é vantajoso dentro da defesa que se mostra mais efetiva em uma persecução, não pode ela ser desprezada ou proibida.

---

<sup>1207</sup> Tal situação não se aplica ao acordo que é celebrado, mas, posteriormente, venha a ser retirado pelo próprio acusado, já que não se reconhece involuntariedade nesta circunstância (LAFAVE; ISRAEL, 1992, p. 921-922).

<sup>1208</sup> Na linha do que assevera Figueiredo Dias (2011, p. 78). Ainda: “[...] la conformidad frustrada debe entenderse como conformidad no prestada o no manifestada, puesto que, una vez que continúa el juicio oral, el Juez o Tribunal deberá ceñirse a las pruebas practicadas y a lo manifestado en su presencia para, según su conciencia, dictar la sentencia que corresponda [...]” (BUTRÓN BALIÑA, 1998, p. 186)

<sup>1209</sup> DOUGLAS, 1988, p. 285.

<sup>1210</sup> DOUGLAS, 1988, p. 286-287.

<sup>1211</sup> DOUGLAS, 1988, p. 288.

<sup>1212</sup> MANAK, 1974, p. 4.

## 6 CRITÉRIOS MÍNIMOS A SEREM UTILIZADOS EM UM SISTEMA DE NEGOCIAÇÃO DE SENTENÇA CRIMINAL

De tudo o que foi exposto, importa, aqui, apresentar sugestões mínimas acerca da negociação de sentença criminal.

Primeiramente, a referência de que as conversações devem ser feitas entre o Ministério Público e a defesa, com esta representada pelo defensor constituído em favor do acusado (não deve ser feita a negociação diretamente com o réu, salvo se ele estiver em representação própria).<sup>1213</sup> Assim, quer-se dizer que não se apoia o protagonismo judicial existente na *Absprachen*, já exposto.

Seguindo. Não se comunga da concepção da consensualidade ampla, já que ela pode ser prejudicial ao próprio processo penal, que está embasado na noção de conflito e no balanço de direitos e de garantias.<sup>1214,1215</sup> Logo, não se apoia a discricionariedade americana em que tudo é negociável dentro do processo penal. Há a necessidade de controle.

Esse controle é manejado pelo Tribunal, especialmente porque a acusação deve guardar vínculo com a natureza e a extensão da conduta criminal, em adequada base fática<sup>1216</sup> - se dela fugir, estará autorizado o mesmo Tribunal a não homologar a negociação celebrada, como ocorre no sistema italiano.<sup>1217</sup>

Vale aqui assentar que, na fase processual, o juiz, imparcialmente, participa da busca da verdade a ser declarada, enquanto que a fase preparatória merece o controle pelo Ministério Público. Assim, como já referido em ponto próprio no trabalho, o juiz deve estar convencido da acusação proposta.

Se necessário for, deve adotar providências para reexame pelo Ministério Público, conforme os termos do artigo 28 do Código de Processo Penal brasileiro,<sup>1218</sup> por exemplo.

<sup>1213</sup> MANAK, 1974, p. 16.

<sup>1214</sup> COSTA ANDRADE, 1991, p. 330.

<sup>1215</sup> Há a impossibilidade de um processo penal decorrente de consensualidade absoluta, dado que ele tem se desenvolver independentemente da aceitação do condenado (COSTA ANDRADE, 1991, p. 327-328). Entretanto, é possível recorrer ao consentimento do interessado, dotado de autonomia para aceitar a diminuição de seus direitos constitucionalmente previstos em prol das instâncias formais (COSTA ANDRADE, 1991, p. 331).

<sup>1216</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, 1996, p. 80.

<sup>1217</sup> Mas que também se vê na *Absprachen* e no procedimento sumaríssimo português.

<sup>1218</sup> Não é demais reiterar o que dispõe o artigo 28 do Código de Processo Penal brasileiro: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

Sempre, contudo, com a compreensão de que se está a tratar de um acordo, pelo que se admite que a perquirição não tenha a amplitude exigida para os procedimentos comuns ordinários.

Pela necessidade da adequada base fáctica, vale aqui, também, a situação recentemente reconhecida pelo BVerfG de que é incabível qualquer inclusão das chamadas “soluções completas”, que se caracterizam pela presença, no acordo, de outros fatos que não constam naquele conflito penal que foi resolvido pela via da negociação, justamente pela necessidade de transparência e controle.<sup>1219</sup>

Igualmente, deve ser preservado o poder/dever do Tribunal de sindicância da credibilidade da confissão,<sup>1220</sup> o que autoriza o Tribunal a não se limitar e/ou contentar com ela,<sup>1221</sup> de forma que sua legítima convicção sobre a verdade apresentada<sup>1222</sup> será o resultado do fato acontecido e as exigências de garantia dos direitos do arguido.<sup>1223</sup> Isto também traz a consequência de que a punição deve mostrar-se suficiente<sup>1224</sup> (a negociação pode trazer parâmetros mínimos e máximos, mas a definição será sempre judicial<sup>1225</sup>), a partir de uma sentença condizente às circunstâncias do caso.<sup>1226</sup> Na hipótese de mais de um réu, com recusa do acordo por algum deles, a sentença precisa justificar eventual diferença de pena entre eles quando da condenação e de forma proporcional.<sup>1227</sup> Restringe-se aos limites da pena a aplicar,

<sup>1219</sup> ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado.

<sup>1220</sup> No dizer de Bibas (2004, p. 2542-2543): “Perhaps the most radical solution to these agency cost problems is to give judges a more active role in reviewing plea bargaining. More thorough judicial oversight could catch the most blatant types of poor lawyering. By digging into the evidence, judges might gain a sense of how strong the government’s case is and thus how large a discount award at sentencing [...]. If judicial involvement is too radical or not feasible, nonjudicial mediators could give advice and try to debias the parties.” Entretanto, deve ser reconhecido que se o juízo, por qualquer razão, forçar inclusão de pessoas ou de fatos na confissão a ser produzida, deve ser afastado da causa por sua evidente suspeição, na medida em que deve se limitar a informar eventuais direitos e consequências, não o que possa ser uma diretriz defensiva e/ou acusatória (TURNER, 2006, p. 535).

<sup>1221</sup> Situação também reconhecida pelo BVerfG, já que o colegiado entende que o Judiciário forma a sua convicção na totalidade na audiência - § 261 StPO (ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado)

<sup>1222</sup> Como já expressado pelo Tribunal Constitucional português: “Há que partir da constatação, já feita no Acórdão n.º 584/96, de que o artigo 340.º, n.º 1 do Código de Processo Penal é o lugar de afirmação paradigmática do princípio da investigação ou da verdade material. Este princípio significa, mesmo no quadro de um processo penal orientado pelo princípio acusatório (artigo 32.º, n.º 5 da Constituição), que o tribunal de julgamento tem o poder-dever de investigar por si o facto, isto é, de fazer a sua própria ‘instrução’ sobre o facto, em audiência, atendendo a todos os meios de prova não irrelevantes para a descoberta da verdade, sem estar em absoluto vinculado pelos requerimentos e declarações das partes, com o fim de determinar a verdade material.” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo n.º 363/01. Acórdão n.º 137/02, documento não paginado).

<sup>1223</sup> MOURA, 2012, p. 9.

<sup>1224</sup> Sempre com a observância de que os arguidos diferem-se entre si, não apenas pelo fato cometido, mas pelas condições pessoais, pelo que nem mesmo os mesmos fatos justificam sentenças idênticas (CASSIDY, 2011, p. 10).

<sup>1225</sup> KOBOR, 2008, p. 97-98.

<sup>1226</sup> Seja porque devem ser consideradas as circunstâncias especiais previstas em lei, seja por consequência de eventual reincidência - como se depreende de Cabezero Rodríguez (1996, p. 123 e 127).

<sup>1227</sup> MANAK, 1974, p. 16.

como forma de preservação do princípio da imediação<sup>1228</sup> e do princípio da culpa, motivo pelo qual não pode haver a promessa da pena em concreto já definida.<sup>1229</sup>

Não se pode fazer promessa vinculante de pena, apenas a indicação de pontos máximos e mínimos de sua aplicação, se assim for compreendido adequado em cada ordenamento jurídico. A fixação da pena deve ser judicialmente feita a partir dos critérios que envolvem as pessoas envolvidas, o crime cometido e, até mesmo, a consideração da relevância da confissão, em respeito à culpabilidade e à necessidade de prevenção (na linha que já vinha indicada pela Sentença nº 313 de 1990 da Corte Constitucional italiana<sup>1230</sup>).

Eventual ultrapassagem do limite máximo estabelecido dependerá da existência de elementos novos e que eram desconhecidos. Porém, antes mesmo da avaliação, deve ser dada ciência da novidade probatória aos demais sujeitos processuais, seja para eventual retirada do acordo, seja para readequação de seus termos.

A propósito, cabe apontar que Schünemann<sup>1231</sup> sugere que o desconto a ser concedido com os acordos devem ser limitados textualmente – algo entre 20% e 25% -, como forma de legitimação frente às regras de prevenção penalmente buscadas.

Não se concorda com tal opinião.

Como já decidiu a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Deweere v. Belgium*, a voluntariedade para fins de acordo restará prejudicada quando houver uma grave desproporção entre a pena abstratamente prevista e aquela oferecida quando das negociações,<sup>1232</sup> pois a desproporção benéfica é feita, justamente, para que não haja qualquer chance do acusado optar por defender sua presunção de não culpabilidade.

Assim, sugere-se a adoção do magistério de Figueiredo Dias,<sup>1233</sup> no sentido de que a atenuação pela confissão justifica-se pela necessidade de uma pena reduzida naquele caso concreto, pelo que a proposta de atenuação com montante fixado em lei não se justifica e não se mostra adequada como incentivadora do sistema, ainda mais porque transforma o julgador em simples aplicador de fórmulas matemáticas sem observar o próprio princípio da culpa,

<sup>1228</sup> Portugal. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 224/06.7GAVZL.C1.S1, p. 26, 28, a partir da obra de Figueiredo Dias (2011, p. 111), ocasião em que o autor pregava a imediata realização dos acordos de sentença, pois não os entendia *contra legem* no próprio contexto português e da jurisprudência estabelecida pelos tribunais alemães, mesmo antes da regulamentação legal hoje lá vigente sobre o tema.

<sup>1229</sup> ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado.

<sup>1230</sup> ITÁLIA. Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. Sentenza nº 313/1990, p. 6.

<sup>1231</sup> SCHÜNEMANN, 2013, p. 237-238, 259-260.

<sup>1232</sup> UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Court (Chamber). Case *Deweere v. Belgium* (application nº 6093/75), p. 22-23.

<sup>1233</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 59.



nem mesmo autoriza que ele analise, de forma adequada, se dita atenuação é justificada no caso concreto e em qual proporção para as necessidades preventivas.

O arguido deve ter a ciência de que a expectativa criada pelo acordo não é absoluta, mas que pode ser modificada e até anulada, sob circunstâncias que ele próprio necessita conhecer, para que haja a devida expressão de sua autonomia dentro das regras do Estado de Direito e do processo justo.<sup>1234</sup>

Porém, tal como ocorre no sistema italiano, admite-se que o acusado postule a manifestação judicial dos argumentos que levaram o Ministério Público a não realizar o acordo. Se forem tidos como insubsistentes, nada pode impedir que o juízo venha a considerar a hipótese de redução de pena não aceita naquele caso concreto, sempre na linha do que fora exposto acima.

Seja por lealdade processual, seja por publicidade, seja por todos os outros princípios processuais atinentes, devem ser disponibilizadas à defesa as provas obtidas pela acusação,<sup>1235</sup> inclusive no que diz com aquilo que o venha beneficiar.<sup>1236</sup> Não se pode expressar falsas afirmações ou representações ao acusado e para sua defesa, o que justifica a proibição da renúncia prévia ao direito de recurso, que funcionará como garantia e controle das negociações havidas.<sup>1237</sup>

Ainda dentro da lealdade, não podem ser admitidas contradições injustificadas para a sua celebração, salvo fatos novos; e a ausência de acordo não pode ensejar que o registro e a valoração de confissão e de negociação sejam usadas contra o acusado em momento posterior do julgamento, pois se demanda o cotejo completo do acervo probatório,<sup>1238,1239</sup> bem como porque a negociação fora feita em um contexto diverso do conflito.

Deve ser realizado o registro das negociações e do acordo em si,<sup>1240</sup> para controle dos sujeitos processuais e do público em geral.<sup>1241</sup> Importante preservar uma forma de prestação de contas junto à sociedade acerca da atuação de cada um dos envolvidos no processo.<sup>1242</sup>

<sup>1234</sup> ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado.

<sup>1235</sup> Sandefur (2003, p. 28), também comenta em tal sentido, porque os contratos exigem a revelação de informações importantes entre as partes.

<sup>1236</sup> BIBAS, 2004, p. 2531.

<sup>1237</sup> Seja porque o réu não foi devidamente orientado, seja porque o Ministério Público necessita ser o fiador da ordem jurídica e do próprio Estado de Direito, seja pela própria adequação final da sentença à hipótese, pois isto pode ser motivo de invalidação do acordo (ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado).

<sup>1238</sup> FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 79.

<sup>1239</sup> Veja-se que, dentro da Constituição Federal do Brasil, o artigo 5º, inciso LXIII, estabelece que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

<sup>1240</sup> MANAK, 1974, p. 18.

Reitera-se, sem receio de eventual repetição (por sua relevância), a compreensão de que os sujeitos processuais, ao negociarem e acordarem, não se afastam da necessidade de um provimento judicial acerca da verdade e a da responsabilidade ventiladas no processo, nem mesmo da regularidade formal de sua ocorrência. Não obstante, por se estar diante de uma convenção entre os envolvidos, o juízo não necessita esgotar a instrução probatória para tanto, já que o acordo assenta uma expressão de responsabilidade.

---

<sup>1241</sup> Exigência também reconhecida pelo Tribunal Constitucional alemão, que requer a documentação de todos os caminhos que levaram ao acordo, inclusive as conversas preliminares, como resultado da exigência do § 273, n° 1a, frase 1, StPO, especificamente quem deu início às conversações de acordo, as discussões sobre o balizamento da pena, as disposições que estabelecem as obrigações das partes no pacto, tudo em respeito ao princípio da publicidade, com o fito de manter a confiabilidade do público na segurança, na ordem pública, na justiça e na persecução criminal eficaz (ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado). Conforme Cassidy (2011, p. 11-12), as razões apresentadas pelo órgão de acusação devem ser devidamente registradas, inclusive no que diz com as promessas, recompensas e outros fatores que estimularam a aceitação defensiva.

<sup>1242</sup> ROSSET; CRESSEY, 1976, p. 42-43.

## 7 ÚLTIMAS PALAVRAS

Com o intuito de alcançar uma maior percepção do instituto, justificam-se mais algumas palavras.

Duas formas de legitimação da punição estatal são apresentadas. A primeira dá-se pela necessidade de alcançar os fins estatais, ao passo que a outra busca assegurar a realização da liberdade individual e a autonomia do cidadão, o que acaba por ocasionar um confronto decorrente de uma justificação por um interesse coletivo ou por um interesse individual.<sup>1243</sup>

E diz-se isso porque, em geral, tem-se uma dicotomia evidente: de um lado, um possível arguido interessado na colaboração processual, já realizada com os demais atores do processo, com aceitação das consequências que lhe forem naturais (espaço de consenso, com busca de ressocialização); de outro, os integrantes de uma criminalidade cada vez mais violenta, desinteressado de qualquer disposição no sentido de colaboração com o Estado e de aceitação de eventual sanção (espaço de conflito, com vista à preservação de garantias processuais como a presunção de inocência, verdade material, proibição de provas, etc.).<sup>1244</sup>

Ainda que haja falhas no sistema, ele não significa ser inconstitucional ou imoral, até pelo fato de que não viola direitos dos acusados.<sup>1245</sup> A ausência de violação tem forte relação com a voluntariedade da declaração (presença de capacidade civil e de estar em juízo, bem como da ausência de coação), a inteligência dela (com a compreensão da natureza das infrações e das consequências), o conhecimento dos direitos dispensados (que estão relacionados com o devido processo legal, as garantias e direitos individuais estampados nas cartas maiores e nos códigos de processo penal aplicáveis) e a determinação da exatidão da declaração (vinculada à base fática que levou àquela declaração).<sup>1246</sup>

Há, aqui, um conjunto de questões que podem redundar em acordo entre os interessados; porém, em sua ausência, prevalece o conteúdo da ação penal condenatória formulada, que pode levar a uma autoridade sentencial, que resolverá a querela penal sem qualquer possibilidade de consenso ou modificação por vontade das partes.<sup>1247</sup> A negociação não pode ser obrigatória, pelo que sempre remanesce a possibilidade de opção ao procedimento integral, com todas as garantias ao acusado.

---

<sup>1243</sup> PALMA, 2009, p. 22.

<sup>1244</sup> COSTA ANDRADE, 1991, p. 334.

<sup>1245</sup> Sandefur (2003, p. 28), para quem o instituto constitui um contrato entre o acusado e o Estado, pelo qual o primeiro aceita os termos propostos em troca de uma punição mais leniente.

<sup>1246</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, 1996, p. 82-83.

<sup>1247</sup> MESQUITA, 2010, p. 23.

Não se pode esquecer que as questões fáticas acerca da eventual disparidade entre o Estado, o arguido e entre eventuais advogados é uma mácula que atinge o próprio processo penal em si.<sup>1248</sup> Assim, não pode uma mácula geral ser suficiente para afastar algo que, em determinado momento, traz benefícios aos sujeitos processuais (aliás, se vingar a proposta brasileira, o réu terá seus benefícios potencializados).

Também não se pode olvidar da necessidade de alcançar, de forma mais aguda, o equilíbrio entre o interesse coletivo e a vontade individual,<sup>1249</sup> já que o processo penal deve constituir uma das formas de expressão do Estado de Direito,<sup>1250</sup> mormente quando há a cooperação em prol da verdade,<sup>1251</sup> feita esta de forma comunicativa e voluntária, com uma orientação funcional da concretização da justiça penal.<sup>1252</sup>

Afinal, o que se busca nos ambientes delimitados pelos Foros e, mais ainda, da decisão que resolve o conflito apresentado ao Poder Judiciário, é que a decisão emanada busque sempre a justiça do caso concreto, o que a demora desnecessária no andamento processual ou a injustiça impedem.<sup>1253,1254</sup> Como bem aponta a doutrina,<sup>1255</sup> a negociação aproxima os resultados do julgamento, permite a consideração de fatores de mitigação da punição, possibilita um tratamento mais igualitário entre réus, fortalece os participantes, serve como reconhecimento do inevitável processual, melhora a posição das partes na atuação processual.

O conteúdo do Memorando de 19 de janeiro de 2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra bem expressa essa compreensão exposta: “Há, pois, que vencer os atavismos jurídicos, as culturas judiciárias passivas em que temos estado submersos e seguir em frente. Lembrados de que, mesmo que não há caminho, *se hace camino al andar*.”.

O cuidado que se deve ter é o de que a abolição do sistema e a eventual proibição estimularão a prática de acordos implícitos, já que a negociação está fundada na relação e identificação entre os sujeitos processuais, com o objetivo de evitar situações de conflito e

---

<sup>1248</sup> RODRIGUES, 1998, p. 240.

<sup>1249</sup> MOURA, 2012, p. 1.

<sup>1250</sup> MOURA, 2012, p. 4.

<sup>1251</sup> MOURA, 2012, p. 6.

<sup>1252</sup> MOURA, 2012, p. 7.

<sup>1253</sup> BRITO, 2009, p. 468-469.

<sup>1254</sup> Referida conclusão também acompanha a compreensão de que aos responsáveis pela acusação são dotados de uma responsabilidade dupla, dita até esquizofrênica, qual seja, a de atuar como *player and referee*, o que o força, igualmente, a procurar uma aplicação mais adequada da lei ao caso concreto, na medida em que ele representa os interesses da vítima, lesada pelo crime; do comunidade, que clama pela segurança pública violada; do arguido, que espera por um processo justo; e do sistema, interessado final em uma resolução eficiente dos conflitos penais, o que o faz estabelecer prioridades (CASSIDY, 2011, p. 3-4).

<sup>1255</sup> Em linhas orientadoras, Zacharias (1998, p. 1136-1137).

incertezas, notadamente porque as vantagens que o acordo possibilita não são alcançáveis junto ao juízo ordinário.<sup>1256</sup>

É oportuno considerar que há fatores que influenciam a realização e o melhor resultado do acordo acerca da sentença criminal que também estão presentes em qualquer aspecto que envolva o exame dos processos em geral. São fatores de influência da negociação da sentença criminal a incerteza (visto que ela guarda relação com a forma de análise da prova produzida até aquele momento – todo o processo tem um destino incerto), o dinheiro (a questão financeira interfere na escolha de defensores mais ou menos qualificados para a função), o interesse pessoal (seja do arguido, seja do defensor) e as questões sociológicas (chamadas de *demographic variation*).<sup>1257</sup> Entretanto, como dito, tais fatores estão presentes em quaisquer circunstâncias processuais, não sendo privilégio de acordos, motivo pelo qual não se percebe como motivação a impedir sua aplicação.

Também é válida a lição de que a confissão dos arguidos dificilmente será espontânea ou desinteressada. De um ponto, pode ela ter o mote de ser decorrente de um problema de consciência que envolve o praticante do delito; doutro, pode ser a expressão de um possível cinismo, sem maiores comprometimentos éticos, o que também ocorre em qualquer forma de processo ou procedimento (na essência, os arguidos tendem a negar a imputação e a não colaborar com a produção de provas). O que lhes importa, ao fim, é ou conseguir a absolvição ou conseguir a condenação em menor quantidade, com os caminhos que forem necessários para tanto.<sup>1258</sup>

O que se tem é a possibilidade de apresentação de uma *punte de plata* (ainda que por fundamento utilitário)<sup>1259,1260</sup> que beneficie o arguido em sua punição, diminua os inúmeros problemas relacionados com o forte congestionamento junto ao Poder Judiciário e colabore para a otimização dos serviços estatais, o que também deve ser ressaltado, na medida em que este também é um problema que se agrava cada vez mais, e que também afeta a condição do acusado.<sup>1261</sup>

<sup>1256</sup> Dentre outros, Cabezero Rodríguez (1996, p. 95).

<sup>1257</sup> BIBAS, 2004, p. 2528-2530.

<sup>1258</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1962, p. 155-156.

<sup>1259</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1962, p. 165.

<sup>1260</sup> Afinal, como o próprio autor pondera, “[...] ya que el acusado puede en ocasiones convenirle ser condenado por un delito de escasa monta, en que no haya intervenido, si con ello consigue desviar la atención judicial y policial de su efectiva participación en delito más grave [...]” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1962, p. 160).

<sup>1261</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1962, p. 165.

Assim, em que pese concordar-se com a opinião expressada por Maia Costa,<sup>1262</sup> no sentido de que o processo penal formal não suportará os arrombos de uma criminalização cada vez maior (pois suas falhas decorrentes levarão à perda de sua legitimação), não é possível aceitar que a solução de cunho inquestionável reside na descriminalização (que é a mais simplista e menos custosa das formas de resolução do conflito criminal, na medida em que quanto menos crimes, menos processos – ideia na qual pouco importa o interesse social maculado).

O Direito não é uma ciência estanque e isolada dos demais ramos do conhecimento, já que eles oferecem informações de grande importância para a própria realização do mundo jurídico em consonância com o contexto social – é necessário que o Direito evolua em contato com as outras ciências (sociais, políticas, econômicas).<sup>1263,1264</sup>

E diz-se isso porque os direitos, mesmo os processuais, também possuem um custo para o Estado – a título de exemplo, basta ver o custo existente para a manutenção das estruturas de Poder Judiciário, de Ministério Público e, onde houver, de Defensoria Pública.

Isso tudo para que haja forte contributo em prol da recuperação do próprio sistema de justiça.<sup>1265</sup>

Afinal, como afirma Yaroshefsky:<sup>1266</sup> “[...] plea bargaining is here to stay [...].”

---

<sup>1262</sup> MAIA COSTA, 2013, p. 89.

<sup>1263</sup> VALE, 2009, p. 47-48.

<sup>1264</sup> Ou, noutros termos, “Um tal excesso de intervencionismo penal impõe um sistema de justiça complexo e uma nova compreensão do poder judicial e do poder das magistraturas relativamente aos outros poderes e ao próprio poder econômico. Aos juízes e polícias passa a ser pedida, para além da tarefa de salvaguardar a validade do Direito, uma compreensão da economia e uma prudência na área econômica. Nesta nova dimensão, a separação dos poderes sofre uma mutação funcional, pois também passa a caber ao poder judicial, nomeadamente de acordo com uma certa lógica de oportunidade, uma intervenção não destrutiva da lógica do sistema” (PALMA, 2010, p. 42).

<sup>1265</sup> Seja porque o processo demonstra uma complexidade desnecessária, seja porque pode haver uma atuação que possa ser tida como desleal por parte dos atores processuais (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 14-15). Na linha do que diz Fernandes (2001, p. 95-96), há uma crise na estrutura punitiva estatal, estabelecida entre a dicotomia resultante da legalidade e suas garantias e as exigências de política criminal e sua funcionalidade. Novamente, Figueiredo Dias (1983, p. 192) refere que tal ocorre para evitar-se um anacronismo entre a evolução do direito penal, que se sente obrigado em busca de sua modernidade, e um processo penal que não está pronto para demonstrar um mínimo de adequação de seu resultado em prol do controle da criminalidade. Até porque não há mais possibilidade de haver a abertura de inquéritos e de propositura de ações penais para todas as infrações que são ventiladas (FERNANDES, 2012, p. 30).

<sup>1266</sup> YAROSHEFSKY, 2008. p. 28.

## 8 CONCLUSÃO

Ao finalizar o presente trabalho, importante pontuar os achados mais relevantes acerca do presente tema:

- a) a negociação de sentença criminal surgiu não por uma razão utilitária, como muito se sustenta; foi ela uma consequência natural do incremento das garantias processuais em favor do arguido e da destinação de recursos para o exercício processual, o que acabou por tornar o processo desnecessariamente moroso;
- b) o consenso pode se apresentar de diversas formas dentro do processo penal, e a utilização dele depende de uma opção de cada ordenamento jurídico. Inexiste qualquer mácula resultante do confronto entre sua utilização e as garantias processuais concedidas ao arguido;
- c) o primeiro fator de legitimação da negociação de sentença criminal é consequente da necessidade de duração razoável do processo, que afeta não apenas o interesse social de uma resposta punitiva, mas também o interesse do próprio arguido, pois o prolongamento do processo também afeta a presunção de inocência e sacramenta os efeitos das medidas de cunho cautelar que o afetam (prisão preventiva, quebras de sigilo, dentre outros). Assim, recupera a própria credibilidade do sistema processual penal;
- d) o segundo fator de legitimação da negociação de sentença criminal é o reconhecimento da condição de sujeito processual do arguido, dotado de dignidade que é, e deve estar embasada na voluntariedade e inteligência acerca do não exercício dos direitos processuais por parte dele. E o principal reconhecimento da dignidade é autorizar que o arguido participe da definição de seus destinos;
- e) a voluntariedade não se encontra prejudicada pelo fato de que, em o arguido não aceitando a negociação, ter de ser processado e, eventualmente, sofrer uma sanção mais gravosa do que a que lhe fora proposta, se situações que justificam o agravamento surgirem. Isto porque o exercício do *jus persecuendi* estatal é lícito e integra uma das esferas de poder estatal; logo, não pode uma atividade lícita ser utilizada como pretexto para afastamento do instituto sob o argumento de que ela coage o arguido;

- f) como consequência do exposto no item anterior, é imprescindível que haja a previsão legal para justificar sua implementação, pois necessita da existência de mecanismos de controle de sua aplicação e de seus reflexos;
- g) além dos países da *common law*, onde a disponibilidade da ação penal caracteriza o processo penal, a negociação da sentença criminal é um instituto que se mostra adaptado às exigências de obrigatoriedade da ação penal, na medida em que se trata de uma nova forma procedimental. Com ela, a persecução permanece obrigatória, apenas o tempo de conclusão do processo e a maneira de exercício das garantias processuais serão afetados pela concordância do réu;
- h) a verdade processual não se mostra afetada pela negociação de sentença criminal. Inicialmente, porque qualquer forma de condenação deve ser feita com uma adequada base fática. E segundo, e principalmente, porque a verdade a ser obtida no processo sempre possui limitações de verificação, já que o processo penal se contenta com aquela que autorize uma sentença condenatória ou absolutória, sem a necessidade de reedição da verdade histórica. Pode, pois, a verdade processual ser determinada consensualmente a partir daquilo que se está a investigar;
- i) a culpabilidade não se mostra maculada quando da disposição pelo arguido, seja porque ele a confirma ao aceitar a negociação de sentença criminal, seja porque a atenuação de pena em hipóteses de confissão é uma constante no âmbito penal, seja porque as circunstâncias que justificam a aplicação de pena encontram balizamentos legais que justificam diferenças nas condenações como um todo;
- j) a forma de exercício da ampla defesa coincide com a noção de proteção da dignidade humana, que confere uma liberdade individual maior frente ao Estado, inclusive a ponto de legitimar que o arguido prefira conceder mais poderes ao ente público no momento do trato de sua conduta. O maior conhecedor de sua situação é o próprio acusado, pelo que não pode ser compelido a submeter-se a um processo se estiver disposto a uma definição mais célere e condizente com a condição probatória existente contra si;
- k) dentro da noção de um sistema acusatório, pautado na diferença entre o órgão julgador e o órgão acusador, somado ao fato de que há uma liberdade maior na utilização da prova por quem acusa e por quem defende, não se



mostra adequada a participação judicial na confecção de seus termos. Ao juízo, compete o ato de sentenciar, pelo que sua imparcialidade, a jurisdição por ele defendida e a proteção a eventuais ameaças e lesões a direitos determinam que o representante do Poder Judiciário passe a atuar somente após os termos discutidos pelos outros sujeitos processuais. Assim, não se concorda com o protagonismo judicial alemão, nem com a forma passiva americana, e se mostra mais consentâneo o critério de participação judicial estabelecido no consenso italiano previsto no *patteggiamento*;

- 1) qualquer que seja o modelo a ser adotado de negociação de sentença criminal, é imprescindível a lealdade processual, pelo que a modificação de seus termos *a posteriori* depende de uma causa que a autorize e que era desconhecida dos sujeitos quando do acordo estabelecido (com a necessidade de nova manifestação defensiva), bem como não se pode simular um acordo apenas para forçar a confissão do acusado – razão pela qual, não havendo o consenso firmado, as declarações prestadas nas negociações não podem ser usadas contra o arguido.

## REFERÊNCIAS

ADÉRITO TEIXEIRA, Carlos. **Princípio da oportunidade**: Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

AKAOUI, Fernando Reverendo. Da ação e do processo penal (artigos 26 a 28). In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Anelise Monteiro (Orgs.). **Crimes ambientais**: comentários à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 131-137.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.

ALBERGARIA, Pedro Soares; LIMA, Pedro Mendes; NEVES, José Francisco Moreira das. Uma proposta de justiça negociada. **Revista do CEJ**, Coimbra, n. 15, p. 109-123, 1º sem. 2011.

ALBONETTI, Celesta A. Sentencing under the federal sentencing guidelines: effects of defendant characteristics, guilty pleas, and departures on sentence outcomes for drugg offenses. **Law and Society Review**, Amherst, v. 31, n. 4, p. 789-822, 1997.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **A reforma da justiça criminal em Portugal e na Europa**. Coimbra: Almedina, 2003.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **El allanamiento en el proceso penal**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1962.

\_\_\_\_\_. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos fundamentais**: introdução geral. 2. ed. Cascais: Princípi, 2011.

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Maria Rosa Crucho de. A suspensão provisória do processo: análise estatística do biénio 1993-1994. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 19, n. 73, p. 49-84, 1998.

ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 36, n. 1, p. 50-112, 1968.

\_\_\_\_\_. The trial's judge role in plea bargaining, part 1. **Columbia Law Review**, New York, v. 76, n. 7, p. 1059-1154, 1976.

ALTENHAIN, Karsten. *Absprachen* in german criminal trials. In: THAMAN, Stephen C. (Org.). **World plea bargaining**: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 157-179.

- AMADO FERREIRA, Francisco. **Justiça restaurativa**: natureza, finalidades e instrumentos. Coimbra: Coimbra, 2006.
- AMAR, Akhil Reed. **The constitution and criminal procedure**: first principles. New Haven: Yale University Press, 1997.
- AMBOS, Kai. **Processo penal europeu**: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- AMODIO, Ennio. I procedimenti speciali nel labirinto della giustizia costituzionale. **Processo Penale e Giustizia**, Roma, ano 2, n. 3, p. 107-116, 2012.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no direito italiano (o chamado *patteggiamento*). **Julgar**, Coimbra, v. 19, p. 221-229, jan./abr. 2013.
- AVENA, Norberto. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.
- BELEZA, Teresa Pizarro. “Tão amigos que nós éramos”: o valor probatório do depoimento do co-arguido no processo penal português. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 74, p. 39-60, abr./jun. 1998.
- BELEZA, Tereza Pizarro; MELO, Helena Pereira. **A mediação penal em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2012.
- BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 117, n. 8, p. 2463-2547, 2004.
- BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony (Eds.). **Restorative justice and criminal justice**. Competing or reconcilable paradigms? Oxford: Hart Publishing, 2013. p. 1-20.
- BRERETON, David; CASPER, Jonathan D. Does it pay to plead guilty? differential sentencing and the functioning of criminal courts. **Law and Society Review**, Amherst, v. 16, n. 1, p. 45-70, 1981-1982.
- BRITO, Susana Brasil de. A justiça do caso concreto é a equidade. In: DUARTE D’ALMEIDA, Luís; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo, et al. (Orgs.). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**: em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. p. 467-478.
- BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. **A reforma processual penal italiana**: reflexos no brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BUTRÓN BALIÑA, Pedro M. **La conformidad del acusado en el proceso penal**. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. **El Ministério Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica**. Granada: Comares, 1996.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 21, n. 84, p. 31-47, 2000.

CALHEIROS, Maria Clara. Prova e verdade no processo judicial: aspectos epistemológicos e metodológicos. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 29, nº 114, p. 70-84, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 2010. v. 2.

CARMO, Rui do. A autonomia do Ministério Público e o exercício da acção penal. **Revista do CEJ**, Coimbra, n. 1, p. 103-124, 2º sem. 2004.

\_\_\_\_\_. Um exercício de leitura do regime jurídico da mediação penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 20, n. 3, p. 451-474, 2010.

CASTANHEIRA NEVES. **Sumários de processo criminal (1967-1968)**. Coimbra: João Abrantes, 1968.

CASTRO, Josefina. O Processo de mediação em matéria penal. Elementos de reflexão a partir do projecto de investigação-acção da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito do Porto. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 105, p. 145-154, jan./mar. 2006.

CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. **Curso de processo penal**. Lisboa: Danúbio, 1986. v. 1.

CHIAVARIO, Mario. A obrigatoriedade da acção penal na Constituição italiana: o princípio e a realidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 5, Fascículos 3-4, p. 329-359, 1995.

CHRISTIE, Nils. Conflict As Property. **The British Journal of Criminology**, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.

CONDE CORREIA, João. Concordância judicial à suspensão condicional do processo: equívocos que persistem. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 117, p. 43-83, jan./mar. 2009.

\_\_\_\_\_. **Questões práticas relativas ao arquivamento e à acusação e à sua impugnação**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2007.

CORREIA, Eduardo. **Processo criminal**. Coimbra: Almedina, 1956.

COSTA, José Gonçalves da. Legalidade versus oportunidade: legalidade atenuada, oportunidade regradada. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 85, p. 83-95, jan./mar. 2001.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **“Bruscamente no verão passado”, a reforma do código de processo penal**: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra, 2009.

\_\_\_\_\_. Consenso e oportunidade. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **Jornadas de direito processual penal**: o novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1991. p. 317-358.

\_\_\_\_\_. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2013.

CRUZ, Nuno Gundar da. Breves considerações sobre a irreversibilidade, por efeito da morosidade da justiça, dos efeitos resultantes do decretamento de providência cautelar de tipo antecipatório. **Julgar**, Coimbra, v. 19, p. 129-148, jan./abr. 2013.

DAMASKA, Mirjan. Negotiated justice in International Criminal Courts. In: THAMAN, Stephen C (Org.). **World plea bargaining**: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 81-106.

DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel. **O caso julgado parcial**: questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória. Porto: Universidade Católica, 2002.

DORNELLES, Marcelo Lemos; GERBER, Daniel. **Juizados especiais criminais**: Lei nº 9099/95: comentários e críticas ao modelo consensual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DOUGLAS, John Jay. **Ethical issues in prosecution**. Houston: National College of District Attorneys, 1988.

ELSNER, Beatrix; PETERS, Julia. The prosecution service function within the German Criminal Justice System. In: JEHLE, Jörg-Martin; WADE, Marianne (Orgs.). **Coping with overloaded criminal justice systems**: the rise of prosecutorial power across Europe. Berlin: Springer, 2006. p. 207-236.

ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 203-218, 2013.

FAIREN GUILLEN, Victor. La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (La conformidad del acusado). **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, tomo 22, Fascículo 2, n. 3, p. 229-268, 1969.

FARIA COSTA, José de. Consenso, verdade e direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 77, p. 421-432, 2001.

\_\_\_\_\_. **Diversão (desjudiciarização) e mediação**: que rumos? Coimbra: Almedina, 1986.

FEELEY, Malcolm M. Legal complexity and the transformation of the criminal process: the origins of plea bargaining. **Israel Law Review**, Jerusalem, v. 31, p. 183-222, 1997.

\_\_\_\_\_. Pleading guilty in lower courts. **Law & Society Review**, Amherst, v. 13, n. 2, p. 461-466, 1979a.

\_\_\_\_\_. **The process is the punishment**: handling cases in a lower criminal court. New York: Russel Sage Foundation, 1979b.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FIDALGO, Sónia. O processo sumaríssimo na revisão do código de processo penal. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Lisboa, n. 9 (especial), p. 297-319, 2008.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Acordos sobre a sentença em processo penal**: o “fim” do Estado de direito ou um novo “princípio”. Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. v. 1.

\_\_\_\_\_. Para uma reforma global do processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In: CORREIA, Eduardo et al. **Para uma nova justiça penal**: ciclo de conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Coimbra: Almedina, 1983. p. 189-242.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 2011.

FINE, Ralph Adam. Plea bargaining: an *unnecessary* evil. **Marquette Law Review**, Milwaukee, v. 70, n. 4, p. 615-632, 1987.

FINE, Toni F. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FREEDMAN, Warren. **The constitutional right to a speedy and fair criminal trail**. New York: Quorum Books, 1989.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRUMER, Philippe. Variaciones sobre el tema de la renuncia a los derechos y libertades fundamentales. In: FRUMER, Philippe e VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio. **La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013. p. 11-87.

GALAIN PALERMO, Pablo. Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal em Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de uma urgente reforma del proceso penal uruguayo. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 106, p. 43-81, abr./jun. 2006.

\_\_\_\_\_. La Reparación del daño como ‘tercera vía’ punitiva?: especial consideración a la posición de Claus Roxin. **Redur**, Logroño, n. 3, p. 183-220, 2005.

\_\_\_\_\_. Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 821-858. (*Stvdia Ivridica* 100. *Ad honorem*, 5).

\_\_\_\_\_. Relaciones entre “el derecho a la verdad” y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. In: AMBOS, Kai (Org.). **Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. p. 249-282.

GASPAR, António Henriques. O tempo judiciário e a qualidade da decisão: eficiência do sistema e eficácia da decisão. **Julgar**, Coimbra, v. 5, p. 19-27, 2008.

GLESS, Sabine. A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 21, n. 3, p. 395-426, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Natureza jurídica da suspensão condicional do processo (é acto discricionário, acto consensual bilateral ou direito público subjectivo do acusado?). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 6, fascículo 2, p. 233-269, 1996.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

GÖSSEL, Karl-Heinz. **El proceso penal ante el estado de derecho**: estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal. Lima: Grijley, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUIDORIZZI, Douglas D. Should we really “ban” plea bargaining? The core concerns of plea bargaining critics. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 47, p. 753-783, 1998.

HÜNERFELD, Peter. A pequena criminalidade e o processo penal. **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, ano 4, n. 1, p. 25-47, 1978.

J. BERTOLINO, Pedro. **El funcionamiento del derecho procesal penal**: interpretación, determinación, integración, aplicación. Buenos Aires: Depalma, 1985.

JACINTO, F. Teodósio. O modelo de processo penal entre o inquisitório e o acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 119, p. 5-44, abr./jun. 2009.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KELLOUG, Gail; WORTLEY, Scot. Remand for plea: bail decisions and plea bargaining as commensurate decisions. **British Journal of Criminology**, Oxford, v. 42, p. 186-210, 2002.

KIPNIS, Kenneth. Plea bargaining: a critic's rejoinder. **Law & Society Review**, Amherst, v. 13, n. 2, p. 555-564, 1979.

KOBOR, Susanne. **Bargaining in the criminal justice systems of the united states and Germany**: matter of justice and administrative efficiency within legal. Frankfurt am Main: Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2008.

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. **Criminal procedure**. 2nd. ed. Saint Paul: West Publishing, 1992. (Hornbook Series).

LAMAS LEITE, André. **A mediação penal de adultos**: um novo paradigma de justiça? Coimbra: Coimbra, 2008.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. In: THAMAN, Stephen C. (Org). **World plea bargaining**: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 3-80.

LEITE, Inês Ferreira. "Arrependido": a colaboração processual do co-arguido na investigação criminal. In: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo (Coords.). **2º congresso de investigação criminal**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 381-410.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LOBO MOUTINHO, José. **Arguido e Imputado no Processo Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica, 2000.

MA, Yue. Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, Brasília, n. 1, p. 11-41, 2011.

MADLENER, Kurt. Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de "prazo razoável" e de "celeridade": observações a respeito da justiça alemã. In: MONTE, Mário Ferreira (Org.). **Que futuro para o direito processual penal?**: simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 645-670.

MAIA COSTA, Eduardo. Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. **Julgar**, Coimbra, v. 19, p. 87-97, jan./abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Princípio da oportunidade: muitos vícios, poucas virtudes. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 85, p. 37-49, jan./mar. 2001.

MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. **Código de processo penal**: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 1998.



MANAK, James P. **Plea bargaining - the prosecutor's perspective**: an overview of selected issues, the current state of the law, and a proposed model procedure for prosecutors. Chicago: National District Attorneys Association, 1974.

MARCÃO, Renato. Delação premiada. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 59, p. 131-135, set. 2006/ago. 2007.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; CAPPELLI, Sílvia. Introdução. In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Anelise Monteiro (Orgs.). **Crimes ambientais**: comentários à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-25.

MARQUES DA SILVA, Germano. A mediação penal. Em busca de um novo paradigma? In: PELIKAN, Christa; LÁZARO, Frederico Moyano Marques e João; VILALONGA, José Manuel; et al. (Coords.). **A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português**: Colóquio, 29 de junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Lisboa: Almedina, 2005. p. 95-108.

\_\_\_\_\_. Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos. **Direito e Justiça**, Lisboa, v. 8, tomo 2, p. 27-34, 1994a.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal I**: noções gerais, elementos do processo penal. Lisboa: Verbo, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal III**. Lisboa: Verbo, 1994b.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. **Juiz das liberdades**: desconstituição de um mito do processo penal. Coimbra: Almedina, 2011.

MATHER, Lynn M. **Plea bargaining or trial?**: the process of criminal-case disposition. Lexington: Lexington Books, 1979.

MCCOY, Candace. **Politics and plea bargaining**: victims' rights in California. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1993.

MESQUITA, Paulo Dá. **Processo penal, prova e sistema judiciário**. Coimbra: Coimbra, 2010.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 2005. Tomo I.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MONTE, Mário Ferreira. Do princípio da legalidade no processo penal e da possibilidade de intensificação dos espaços de oportunidade. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 101, p. 67-78, jan./mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Um balanço provisório sobre a Lei de mediação penal de adultos. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (Coord.). **Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 113-127.

MONTEIRO, Fernando Conde. O problema da verdade em direito processual penal: considerações epistemológicas. In: MONTE, Mário Ferreira (Org.). **Que futuro para o direito processual penal?**: simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 321-331.

MORÃO, Helena. Justiça restaurativa e crimes patrimoniais. In: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo (Coords.). **Direito penal económico e financeiro**. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 257-279.

NASHERI, H. **Betrayal of due process**: a comparative assessment of plea bargaining in the United States and Canada. Lanham: University Press of America, 1998.

NEVES, J. F. Moreira das. Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já! **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 135, p. 37-64, jul./set. 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português I**: identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010.

PALMA, Maria Fernanda. A mão visível do direito penal. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia**. Coimbra: Coimbra, 2010. v. 4. p. 39-44.

\_\_\_\_\_. Constituição e direito penal: as questões inevitáveis. In: PALMA, Maria Fernanda; PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota; VILALONGA, José Manuel (Coords.). **Casos e materiais de direito penal**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 21-30.

\_\_\_\_\_. O problema penal do processo penal. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 41-53.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. In: GÓMES COLOMER, Juan-Luiz; GONZÁLES CUSSAC, José-Luiz (Coords.). **De la reforma de la justicia penal**: estudios em homenaje ao Prof. Klaus Tiedemann: jornadas sobre la reforma de la justicia penal. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 1997. p. 383-407.

PELIKAN, Christa. General principles of restorative justice. In: PELIKAN, Christa; LÁZARO, Frederico Moyano Marques e João; VILALONGA, José Manuel; et al. (Coords.). **A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português**: Colóquio, 29 de junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Lisboa: Almedina, 2005. p. 15-25.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques (Coords.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 627-659.

PERRODET, Antoinette. O sistema italiano. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 341-429.

PHILIPS, M. The question of voluntariness in the plea bargaining controversy: a philosophical perspective. **Law and Society Review**, Amherst, v. 16, n. 2, p. 207-224, 1981-1982.

PINTO, Ana Luísa. **A celeridade no processo penal: o direito à decisão em prazo razoável**. Coimbra: Coimbra, 2008.

PINTO, João Fernando Ferreira. O papel do Ministério Público na ligação entre o sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 15, n. 1, p. 89-113, 2005.

PITTARO, Paolo. L'Applicazione della pena su richiesta: profili di diritto penal sostanziale. In: PITTARO, Paolo; CHIARA, Giuseppe Di; RIGO, Fabrizio; PERONI, Francesco; SPANGHER, Giorgio. **Il Patteggiamento**. Milano: Giuffrè Editore, 1999. p. 3-22.

PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota. A mediação perante os objectivos do direito penal. In: PELIKAN, Christa; LÁZARO, Frederico Moyano Marques e João; VILALONGA, José Manuel; et al. (Coords.). **A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português**: Colóquio, 29 de junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Lisboa: Almedina, 2005a. p. 39-51.

\_\_\_\_\_. A propósito da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 15, n. 3, p. 391-414, 2005b.

\_\_\_\_\_. Diferentes versões de consenso: suspensão provisória do processo e mediação penal. **Revista do CEJ**, Coimbra, n. 16, p. 101-112, 2º semestre 2011.

PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. **Michigan Journal of International Law**, Ann Arbor, v. 25, p. 429-466, 2004.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas – livro I**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

\_\_\_\_\_. **Ordenações Afonsinas – livro V**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

RAPOZA, Phillip. A experiência americana do plea bargaining: a excepção transformada em regra. **Julgar**, Coimbra, v. 19, p. 207-220, 2013.

RAUXLOH, Regina. **Plea bargaining in national and international law**: a comparative study. Londres: Routledge, 2012.

REIS, Sónia. A vítima na mediação penal em Portugal. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 70, n. 1-4, p. 573-590, jan./dez. 2010.

RHODES, William. M. **Plea bargaining**: who gains? who loses? Washington: Institute for Law and Social Research, 1978. (PROMIS Research Project, 14).

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. Obrigatoriedade e oportunidade no direito processual penal brasileiro e português. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 806, p. 395-414, 2002.

RIVA, Carlo Ruga. **Il premio per la collaborazione processuale**. Milano: Giuffrè, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 8, fascículo 2, p. 233-250, 1998.

\_\_\_\_\_. A propósito da introdução do regime da mediação penal no processo penal. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 105, p. 129-133, jan./mar. 2006.

\_\_\_\_\_. Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no código de processo penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 6, fascículo 4, p. 525-544, 1996.

RODRÍGUEZ GARCIA, Nicolás. A justiça e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, p. 79-90, 1996.

\_\_\_\_\_. **El Consenso en el Proceso Penal Español**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

ROSS, Jacqueline E. The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice. In: THAMAN, Stephen C. (Org.). **World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial**. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 107-123.

ROSSET, Arthur; CRESSEY, Donald R. **Justice by consent: plea bargains in the American Courthouse**. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1976.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2003.

SACKS, Meghan R. **Don't i have a right to bail?: a study of bail decisions/outcomes and their effects on plea bargaining and sentencing**. New York: The City University of New York, 2011. Dissertação (Doutorado em Filosofia) - The City University of New York.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal**. Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra, 2014.

\_\_\_\_\_. Violência doméstica e mediação penal: uma convivência possível? **Julgar**, Coimbra, v. 12, p. 67-79, set./dez. 2010.

SCHULHOFER, Stephen J.; NAGEL, Ilene H. Plea bargaining under the federal sentencing guidelines. **Federal Sentencing Reporter**, University of California Press on behalf of the Vera Institute of Justice, New York, v. 3, n. 4, p. 218-222, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito procesual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. **La reforma del proceso penal**. Madrid: Dykinson, 2005.

SIGMAN, Shayna M. An analysis of rule 11 plea bargaining options. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 66, p. 1317-1340, 1999.

SILVA DIAS, Augusto. Modernas tendências da política criminal em matéria de desjuridicização e de descarceirização; a experiência portuguesa. **Cabinda Universitária**, Cabinda, n. 3-4, p. 41-44, jun./ago. 2008.

SOUSA MENDES, Paulo de. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. Os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal de Cabo Verde. In: SILVA DIAS, Augusto Silva; FONSECA, Jorge Carlos (Coord.). **Direito Processual Penal de Cabo Verde**. Sumários de Curso de Pós-Graduação Sobre o Novo Processo Penal de Cabo Verde (Praia, Fevereiro-Abril de 2007). Coimbra: Almedina, 2009, p. 163-199.

TARUFFO, Michele. Verdad negociada? **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 21, n. 1, p. 129-151, 2008.

THAMAN, Stephen C. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial**. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 297-396.

TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 13. ed. Milão: Giuffrè, 2012.

TORRÃO, Fernando. **A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo**. Coimbra: Almedina, 2000.

TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 673-724.

TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial participation in plea negotiations: a comparative view. **The American Journal of Comparative Law**, Berkeley, v. 54, p. 501-570, 2006.

VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VERDELHO, Pedro. *Tempus Fugit*, ou a reforma penal e a celeridade processual. **Revista do CEJ**, Coimbra, n. 5, p. 231-245, 2º sem. 2006.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

VIEIRA NEVES, Rosa. **A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)**. Coimbra: Coimbra, 2011.

VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio. La renuncia de los derechos fundamentales. In: FRUMER, Philippe; VILLAYERDE MENÉNDEZ, Ignacio. **La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013. p. 89-143.

WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime. In: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony (Eds.). **Restorative justice and criminal justice**. Competing or reconcilable paradigms? Oxford: Hart Publishing, 2013. p. 61-78.

\_\_\_\_\_. Restorative justice, self-interest and responsible citizenship. Devon: Willan Publishing, 2008.

WEIGEND, Thomas. Anmerkung zu dem Urteil des BVerfG v. 19.3.2013, 2 BvR 2628/10. 2013. **Strafverteidiger**, Köln, n. 33, p. 424-427, 2013. Documento não paginado, ainda no prelo no tempo em que utilizado nesta dissertação.

\_\_\_\_\_. Is the criminal process about truth?: a German perspective. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, v. 26, p. 157-173, 2003.

\_\_\_\_\_. The decay of the inquisitorial ideal: plea bargaining invades German Criminal Procedure. In: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter (Eds.). **Crime, procedure and evidence in a comparative and international context**: essays in honour of professor Mirjan Damaska. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 61-102.

WEIGEND, Thomas; GHANAYIM, Khalid. Human dignity in criminal procedure: a comparative overview of Israeli and German law. **Israel Law Review**, Jerusalem, v. 44, p. 199-228, 2011.

YAROSHEFSKY, Ellen. Ethics and plea bargaining: what's discovery got to do with it? **Criminal Justice**, Chicago, v. 23, n. 3, p. 28-33, 2008.

ZACHARIAS, Fred C. Justice in plea bargaining. **William and Mary Law Review**, Williamsburg, v. 39, n. 4, p. 1121-1189, 1998.

## DOCTRINA OBTIDA JUNTO À INTERNET

CALLARI, Francesco. L'applicazione della pena su richiesta delle parti: uno "special" paradigm processuale cognitivo. **Archivio Penale**, Roma, n. 3, p. 1-24, 2012. Disponível em: <[http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/2012\\_callari\\_3.pdf](http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/2012_callari_3.pdf)>. Acesso em: 1 out. 2013.

CASSIDY, R. Michael. Some reflections on ethics and plea bargaining: an essay in honor of Fred Zacharias. **Boston College Law School Legal Studies Research**, Boston, v. 48, Paper 202, p. 1-18, 2011. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/lspf/306>>. Acesso em: 18 set. 2013.

FROMMANN, Maïke. Regulating plea-bargaining in Germany: can the Italian approach serve as a model to guarantee the independence of German judges? **Hanse Law Review**, Bremen, v. 5, n. 1, p. 197-220, 2009. Disponível em: <<http://www.hanselawreview.org/pdf8/Vol5No2Art04.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2013.

HASHIMOTO, Erica J. Toward Ethical Plea Bargaining. **University of Georgia Scholarly Works**, Athens, Paper 819, p. 949-963, 2008. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.uga.edu/fac\\_artchop/819](http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/819)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, New Haven, Paper 544, p. 261-272, 1979. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/544](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544)>. Acesso em: 10 set. 2012.

LYNCH, Timothy. The case against plea bargaining. **Regulation**, Washington, p. 24-27, fall 2003. Disponível em: <<http://www.cato.org/pubs/regulation/regv26n3/v26n3-7.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

MELO, João Ozorio de. EUA instruem promotores a aliviar acusações. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/eua-instruem-promotores-aliviar-acusacoes-reduzir-condenacoes>>. Acesso em: 24 ago. 2013.

MENDES, Laura Schertel F.. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. **Direito Público**, Brasília, v. 1, n. 13, p. 121-133, 2006. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/418/904>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

MOHR, Aaron. The necessity of plea bargaining. **Drake Undergraduate Social Science Journal**, Des Moines, p. 1-10, 2011. Disponível em: <<http://artsci.drake.edu/dussj/mohraaron.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

MOURA, José Souto de. **Acordos em processo penal**: a propósito da obra “Acordos sobre a sentença em processo penal” do Sr. Prof. Figueiredo Dias. Porto, p. 1-14, 2012. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/acordos%20souto%20moura.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2013.

SAFFERLING, Christoph; HOVEN, Elisa. Foreword: plea bargaining in Germany after the decision of the Federal Constitutional Court. **German Law Journal**, Lexington, v. 15, n. 1, p. 1-4, feb. 2014. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/pdfs/FullIssues/GLJ%20Vol%2015%20No%201%20Full%20Issue.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

SANDEFUR, Timothy. In defense of plea bargaining. **Regulation**, p. 28-31, fall 2003. Disponível em: <<http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/7/v26n3-8.pdf>>. Acesso em: 8 mai. 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 25, n. 6, p. 175-197, 2004. Disponível em: <[http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path\[\]=1034&path\[\]=978](http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path[]=1034&path[]=978)>. Acesso em: 27 set. 2013.

SWENSON, Thomas. The German “plea bargaining” debate. **Pace International Law Review**, New York, v. 7, n. 2, p. 373-429, spring 1995. Disponível em: <<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1306&context=pilr>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

VELOSO, Letícia; FELIPE, Ana Paula F. Mediação penal: um novo modelo de justiça. In: CONGRESSO INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR EM SOCIAIS E HUMANIDADES, **Anais...** Niterói: ANINTER-SH, 2012, p. 1-15. Disponível em: <<http://www.aninter.com.br/ANAIIS%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20+%E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/MEDIA+%E7+%E2O%20PENAL%20%D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2014.

WAN, Tina. The unnecessary evil of plea bargaining: an unconstitutional conditions problem and a not-so-least restrictive alternative. **Review of Law and Social Justice**, Los Angeles, v. 17, n. 1, p. 33-61, 2007. Disponível em: <[http://lawweb.usc.edu/why/students/orgs/rlsj/assets/docs/issue\\_17/07\\_Wan\\_Macro.pdf](http://lawweb.usc.edu/why/students/orgs/rlsj/assets/docs/issue_17/07_Wan_Macro.pdf)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

WEIGEND, Thomas; TURNER, Jenia Iontcheva. The constitutionality of negotiated criminal judgments in Germany. **German Law Journal**, Lexington, v. 15, n. 1, p. 81-106, feb. 2014. Disponível em <<http://www.germanlawjournal.com/pdfs/FullIssues/GLJ%20Vol%2015%20No%201%20Full%20Issue.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

## LEGISLAÇÃO OBTIDA JUNTO À INTERNET

ALEMANHA. **Basic law for the Federal Republic of Germany**. Basic Law for the Federal Republic of Germany in the revised version published in the Federal Law Gazette Part III, classification number 100 - 1, as last amended by the Act of 21 July 2010, Federal Law Gazette I, p. 944. Saabrücken: Juris, 2010. Disponível em: <[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/basic\\_law\\_for\\_the\\_federal\\_republic\\_of\\_germany.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/basic_law_for_the_federal_republic_of_germany.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. **German criminal code**. Criminal Code in the version promulgated on 13 November 1998, Federal Law Gazette. [Bundesgesetzblatt] I p. 3322, last amended by Article 3 of the Law of 2 October 2009, Federal Law Gazette, I p. 3214. Saabrücken: Juris, 2009. Disponível em: <[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/german\\_criminal\\_code.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/german_criminal_code.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. **The German code of criminal procedure (StPO)**. Code of Criminal Procedure in the version published on 7 April 1987 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] Part I p. 1074, 1319), as most recently amended by Article 5 subsection (4) of the Act of 10 October 2013, Federal Law Gazette Part, I, p. 3799. Saabrücken: Juris, 2013. Disponível em: <[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stpo/german\\_code\\_of\\_criminal\\_procedure.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/german_code_of_criminal_procedure.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2014.



AMERICAN BAR ASSOCIATION. **ABA standards for criminal justice pleas of guilty**. 3. ed. Washington: American Bar Association, 1999. Disponível em: <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal\\_justice\\_standards/pleas\\_guilty.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_standards/pleas_guilty.authcheckdam.pdf)>. Acesso em: 9 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. **Model rules of professional conduct**. Disponível em: <[http://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct\\_table\\_of\\_contents.html](http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html)>. Acesso em: 9 jan. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.045 de 2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=D4D691CF0EA24273BA85423347525BC5.proposicoesWeb1?codteor=827180&filename=Tramitacao-PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D4D691CF0EA24273BA85423347525BC5.proposicoesWeb1?codteor=827180&filename=Tramitacao-PL+8045/2010)>. Acesso em: 19 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Governo Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 8 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Seção 1, p. 19699. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 8 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 jul. 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm)>. Acesso em: 8 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turísticos e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.072, de 25 julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jul. 1990a. Seção 1, p. 14303. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 dez. 1990b. Seção 1, p. 25534. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 maio 1995a. Seção 1, p. 6241. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2014

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 1995b. Seção 1, p. 15033. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996. Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do código penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 abr. 1996. Seção 1, p. 5501. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9269.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9269.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 fev. 1998a. Seção 1, p. 1. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 mar. 1998b. Seção 1, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o programa federal de assistência a vítimas e a testemunhas ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 jul. 1999a. Seção 1, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.839, de 28 de setembro de 1999. Acrescente artigo à Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 set. 1999b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9839.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9839.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 2001a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 ago. 2006a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 ago. 2006b. Seção 1, p. 2. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jul. 2012a. Seção 1, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Rio Grande do Sul. Ministério Público. Provimento nº 26, de 2 de junho de 2008, republicado em 19 de junho de 2008. Disciplina o inquérito civil e o procedimento preparatório, incluindo a regulação do compromisso de ajustamento e da recomendação no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Diário Oficial do Estado**, Porto Alegre, RS. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/legislacao/id3880.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Emenda ao Projeto de Lei n. 236 de 2012**. Brasília: Senado, 2012b. Disponível em: <<http://www.amprs.org.br/docs/20130827-parecercp-parte02.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156 de 2009. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. **Diário do Senado Federal**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 1 mai. 2009a. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>>. Acesso em: 28 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 243. Brasília, 11 de dezembro de 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, DF de 5 jan. 2001b. Disponível em: [http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stj/stj\\_\\_0243.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0243.htm). Acesso em: 11 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 696. Brasília, 24 de setembro de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 13 out. 2003a, p. 5. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_601\\_700](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700)>. Acesso em: 11 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 723. Brasília, 26 de novembro de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 11 dez. 2003b, p. 1. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_701\\_800](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800)>. Acesso em: 11 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n° 14. Proposta de súmula vinculante. Inquérito policial. Advogado do indiciado. Vista dos autos. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, 26 de março de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 27 mar. 2009b. n. 59, p. 29.

ESTADOS UNIDOS. Federal rules of criminal procedure. Washington: U.S. Government Printing Office, 2010. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Criminal%20Procedure.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Principles of federal prosecution. In: \_\_\_\_\_. United States attorney's manual. Washington: The United States Department of Justice, 1997. Disponível em: [http://www.justice.gov/usao/eousa/foia\\_reading\\_room/usam/title9/27mcrm.htm](http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/27mcrm.htm)>. Acesso em: 9 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. The Constitution of the United States. Washington: U.S., 1787. Disponível em: <http://www.usconstitution.net/const.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. United States sentencing commission guidelines manual. Washington: U.S. 2013. Disponível em: [http://www.ussc.gov/Guidelines/2013\\_Guidelines/Manual\\_PDF/2013\\_Guidelines\\_Manual\\_Full\\_Optimized.pdf](http://www.ussc.gov/Guidelines/2013_Guidelines/Manual_PDF/2013_Guidelines_Manual_Full_Optimized.pdf)>. Acesso em: 9 jan. 2014.

ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana. Roma: Assembleia Costituente, 1947. Disponível em: <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaItaliana.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto del Presidente della Repubblica n° 447, di 22 di settembre di 1988. Approvazione del codice di procedura penale. **Gazzeta Ufficiale**, Roma, 24 ott. 1988. Serie Generale n° 250, suppl. ordinario n° 92. Disponível em: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:codice.procedura.penale:1988-09-22;447>>. Acesso em: 7 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Legge 16 dicembre de 1999 n. 479. Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense. Assago: Altalex, 2014a. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=542>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Regio Decreto n. 1398, di 19 ottobre di 1930. Codice penale. Montecatini Terme: Assago: Altalex, 2014b. Disponível em: <<http://www.altalex.com/?idnot=36653>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção americana de direitos humanos. In: CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969, San José. San José: OEA, 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 16 mar. 14.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2005. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis)>. Acesso em: 24 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n° 15/93, de 22 de janeiro de 1993. Revê a legislação de combate à droga. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2013a. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=181&tabela=leis&ficha=1&pagina=1](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=181&tabela=leis&ficha=1&pagina=1)>. Acesso em: 24 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n° 48/95, de 15 de março de 1995. Aprova o código penal. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2013b. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so\\_miolo=&](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=&)>. Acesso em: 24 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n° 78/87, de 17 de fevereiro de 1987. Aprova o código do processo penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2013c. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis)>. Acesso em: 24 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n° 21/07, de 12 de junho de 2007. Cria um regime de mediação penal, em execução do artigo 10.º da Decisão Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. Lisboa: Assembleia da República, 2007.

\_\_\_\_\_. Lei n° 36/94, de 29 de setembro de 1994. Medidas de combate à corrupção e criminalidade econômica e financeira. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2013d. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=145&tabela=leis&ficha=1&pagina=1](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=145&tabela=leis&ficha=1&pagina=1)>. Acesso em: 24 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n° 52/03, de 22 de agosto de 2003. Lei de combate ao terrorismo. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2013e. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=119&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=119&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&)>. Acesso em: 24 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Procuradoria-Geral da República. Directiva n° 02/2014, de 21 de fevereiro de 2014. Lisboa: PGR, 2014. Disponível em: <[http://www.pgr.pt/grupo\\_bases/documentos\\_hierarquicos/Directiva\\_2-2014.pdf](http://www.pgr.pt/grupo_bases/documentos_hierarquicos/Directiva_2-2014.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra. Memorando de 19 de janeiro de 2012. Justiça negociada: acordos sobre a sentença em processo penal. Coimbra: Procuradoria-Geral Distrital, 2012. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd0c0bb2b%7D.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Orientação n° 01/2012, de 13 de janeiro de 2012. Procuradora-Geral Distrital Francisca Van Dunem emite uma orientação aos magistrados do MP do Distrito em sentido favorável a realização de acordos sobre a sentença em processo penal. Lisboa: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc\\_mostra\\_doc.php?nid=153&doc=files/doc\\_0153.html](http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html)>. Acesso em: 24 ago. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Committee of Ministers. Recommendation n° R(87) 18 of the Committee Of Ministers To Member States concerning the simplification of criminal justice. Strasbourg: Concil of Europe, [2014]. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608011&SecMode=1&DocId=694270&Usage=2>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Committee of Ministers. Recommendation n° R(99) 19 of the Committee Of Ministers To Member States concerning the simplification of criminal justice. Budapest: Országos Mediációs Egyesület, 2014. Disponível em: <[http://www.mediacio.hu/files/EU\\_dok/CoE\\_R\(99\)19\\_mediation.pdf](http://www.mediacio.hu/files/EU_dok/CoE_R(99)19_mediation.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Committee of Ministers. Recommendation n° Rec(2005)9 of the Committee Of Ministers To Member States on the protection of witnesses and collaborators of justice (Adopted by the Committee of Ministers on 20 April 2005 at the 924th meeting of the Ministers' Deputies). Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=849237&Site=COE>>. Acesso em: 9 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Roma: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1950. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 8 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Council framework decision of 15 march 2001 on the standing of victims in criminal proceedings (2001/220/JHA). **Official Journal of the European Communities**. Strasbourg, 22 mar. 2011a. L82, p. 1-4.

## JURISPRUDÊNCIA OBTIDA JUNTO À INTERNET

ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013. Berlin: Bundes-Verfassungs-Gericht, 2013a. Disponível em: <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319\\_2bvr262810.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html)>. Acesso em: 24 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 33.803-RJ. Brasília, DF, 15 de junho de 2004b. p. 1-6. Brasília: STJ, 2004. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=482083&sReg=200400203319&sData=20040809&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=482083&sReg=200400203319&sData=20040809&formato=PDF)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 14.957-SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 9 de abril de 2002. Brasília: STJ, 2002. p. 1-2. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=48381&nreg=200001235788&dt=20020603&formato=PDF>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 35.198-SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 28 de setembro de 2005. Brasília: STJ, 2004a. p. 1-7. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=501845&sReg=200400614357&sData=20041103&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=501845&sReg=200400614357&sData=20041103&formato=PDF)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 35.484-RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 18 de agosto de 2005. Brasília: STJ, 2005. p. 1-12. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=570666&sReg=200400677039&sData=20051003&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=570666&sReg=200400677039&sData=20051003&formato=PDF)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 79.572-GO. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de fevereiro de 2002. Brasília: STF, 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=35&dataPublicacaoDj=22/02/2002&incidente=1781920&codCapitulo=5&numMateria=4&codMateria=2>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 88.785-SP. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. Brasília: STF, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+88785.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+88785.ACMS.%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/alu4kj3>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.898. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília: STF, 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=237&dataPublicacaoDj=18/12/2009&incidente=2497731&codCapitulo=5&numMateria=41&codMateria=1>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação declaratória de constitucionalidade nº 19. Direito administrativo e outras matérias de direito público. Garantias Constitucionais. Direito administrativo e outras matérias de direito público. Controle de Constitucionalidade. Requerente: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília: STF, 2012. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=35&dataPublicacaoDj=17/02/2012&incidente=2584650&codCapitulo=2&numMateria=2&codMateria=4>>.  
Acesso em: 27 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília: STF, 2012. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=35&dataPublicacaoDj=17/02/2012&incidente=3897992&codCapitulo=2&numMateria=2&codMateria=4>>.  
Acesso em: 27 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas corpus* nº 102.019-PB. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 17 de agosto de 2010. Brasília: STF, 2010. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=200&dataPublicacaoDj=22/10/2010&incidente=3813842&codCapitulo=5&numMateria=33&codMateria=2>>.  
Acesso em: 20 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas corpus* nº 106.139-MG. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 21 de junho de 2011. Brasília: STF, 2011. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=194&dataPublicacaoDj=10/10/2011&incidente=3982195&codCapitulo=5&numMateria=152&codMateria=2>>.  
Acesso em: 20 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas corpus* nº 86.915-SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2006. Brasília: STF, 2006b. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=114&dataPublicacaoDj=16/06/2006&incidente=2329112&codCapitulo=5&numMateria=19&codMateria=3>>.  
Acesso em: 20 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas corpus* nº 91.408. Constitucional. Demora no julgamento de *habeas corpus* no STJ. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 14 de agosto de 2007. Brasília: STF, 2007. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089610&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas corpus* nº 99.425-SP. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009. Brasília: STF, 2009c. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=67&dataPublicacaoDj=16/04/2010&incidente=2683068&codCapitulo=5&numMateria=10&codMateria=3>>.  
Acesso em: 20 jan. 2014.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas corpus* nº 101.909-MG. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2012. Brasília: STF, 2012c. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=119&dataPublicacaoDj=19/06/2012&incidente=3810143&codCapitulo=5&numMateria=93&codMateria=3>>.

Acesso em: 20 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. 2. Região. Apelação nº 98.02.43451-5-RJ. Desembargador Federal Cruz Netto. RT, São Paulo, ano 89, v. 776, p. 706-711, 2000.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978). [S.l.]: vLex, [2014a]. Disponível em: <<http://supreme.vlex.com/vid/bordenkircher-v-hayes-19981989>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238 (1969). Mountain View: Justia, [2014b]. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/238/case.html>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970). Mountain View: Justia, [2014c]. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/case.html>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Corbitt v. New Jersey*, 439 U.S. 212 (1978). Mountain View: Justia, [2014d]. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/439/212/case.html>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971). [S.l.]: vLex, [2014e]. Disponível em: <<http://supreme.vlex.com/vid/santobello-v-new-york-19988763>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. United States Court of Appeal for the Third Circuit. *United States of America v. Craig A. Grimes*, nº 12-4523. Washington: United States District Court, 2013. p. 1-13. Disponível em: <<http://sites.temple.edu/templereviewblog/files/2014/02/US-v.-Grimes.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. United States District Court S. D. New York. *United States v. Gilligan*, N. 65 CIV. 2478, 1966. [S.l.]: Leagle, 2013. Disponível em: <[http://www.leagle.com/decision/1966500256FSupp244\\_1461](http://www.leagle.com/decision/1966500256FSupp244_1461)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale*. Sentenza nº 313/1990. Redattore: Presidente dott. Francesco Saja. Roma: Corte Costituzionale, 1990. p. 1-10. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>. Acesso em: 3 out. 2013.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 224/06.7GAVZL.C1.S1. Relator: Santos Cabral, Lisboa, 10 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>>. Acesso em: 24 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. Processo n° 363/01. Acórdão n° 137/02. Relator: Conselheiro Sousa e Brito, Lisboa, 3 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020137.html>>. Acesso em: 29 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. Processo n° 302/86. Acórdão n° 7/87. Diário da República, Lisboa, 9 fev. 1987, Série 1, n. 33, Supl. 1, p. 504(1)-504(22).

UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Court (Chamber). Case Deweer v. Belgium (application n° 6093/75). President: Herman Mosler. Strasbourg, 27 february 1980. p. 1-30. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57469#{%22itemid%22:\[%22001-57469%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57469#{%22itemid%22:[%22001-57469%22]})>. Acesso em: 29 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. Fifth Section. Case Litwin v. Germany (application n° 29090/06). President: Dean Spielmann. Strasbourg, 3 november 2011. Disponível em: <<http://echr.ketse.com/doc/29090.06-en-20111103/view/>>. Acesso em: 27 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. Fourth Section. Case Bell v. United Kingdom (application n° 41534/98). President: J. Casadevall. Strasbourg, 16 january 2007. Disponível em: <<http://echr.ketse.com/doc/41534.98-en-20070116/view/>>. Acesso em: 27 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case Hermi v. Italy (application n° 18114/02). President: Luzius Wildhaber. Strasbourg, 18 october 2006. p. 1-33. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-77543#{%22itemid%22:\[%22001-77543%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-77543#{%22itemid%22:[%22001-77543%22]})>. Acesso em: 29 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case Meftah and others v. France (application n°s 32911/96, 35237/97 and 34595/97). President: Luzius Wildhaber. Strasbourg, 26 july 2002. p. 1-31. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60638#{%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22appno%22:\[%2232911/96%22,%2235237/97%22,%2234595/97%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-60638%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60638#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22appno%22:[%2232911/96%22,%2235237/97%22,%2234595/97%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-60638%22]})>. Acesso em: 27 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case of Scoppola v. Italy (n° 2, application n° 10249/03). President: Jean-Paul Costa. Strasbourg, 17 september 2009. p. 1-46. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94135#{%22itemid%22:\[%22001-94135%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94135#{%22itemid%22:[%22001-94135%22]})>. Acesso em: 29 dez. 2013.

## MATERIAL QUE NÃO FOI INDICADO NA PRESENTE DISSERTAÇÃO

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023:2002**. Informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

\_\_\_\_\_. **NBR 6024:2012**. Informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento: apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2012.

\_\_\_\_\_. **NBR 6027:2012**. Informação e documentação: sumário: apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2012.

\_\_\_\_\_. **NBR 10520:2002**. Informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

\_\_\_\_\_. **NBR 14724:2011**. Informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2011.